ARNOLDI
VINNII JC.
IN QUATUOR LIBROS
INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM
COMMENTARIUS
ACADEMICUS, ET FORENSIS,

JO. GOTTL. HEINECCIUS JC.

Recensuit, & Præfationem Notulasque adjecit.

EDITIO NOVISSIMA

Correcta secundùm Indicem Expurgatorium Hisp. an. 1747.

cui accedunt ejusdem VINNII

QUÆSTIONES JURIS SELECTÆ:

Cum Indicibus locupletissimis.

TOMUS SECUNDUS.



CUM LICENTIA REGII ET SUPREMI CONSILII.

VALENTIÆ:
Apud Benedictum Monfort, anno M. DCC. LXVII.

ARNOLDI VINNII, J. C.

IN LIBRUM TERTIUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.

DE HÆREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 16. *C. Lib.* 6. *Tit.* 55. *&* 58. *N.* 118.

Ratio ordinis, cum argumento tituli.

Decursis omnibus supremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad institutam de universitate bonorum acquirenda disputationem. Ex quatuor hujus generis acquisitionis modis, propositis §. *ult. sup per quas perf. cuiq. acq.* cum primo explicandum suscepit, per quem hæreditas nobis obvenit. Obvenire verò nobis dixit vel ex testamento, vel ab intestato. Quoniam igitur de hæreditate ex judicio defuncti acquirenda hactenus solùm tractavit, cujus semper prior & potior causa est *l.* 39. *de acquir. hæred. l.* 89. *de reg. jur.* quod reliquum est ad tractationem istam absolvendam, de hæreditate legitima, seu ea, quæ lege ab intestato defertur, pertexere prius voluit, quàm ad cæteros per universitatem acquirendi modos transitum faceret. Hæreditates, quæ ab intestato deferuntur, eædem passim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hæreditatum sibi proprium fecerunt, licet testamentaria quoque hæreditas dici possit lege obvenire, *l. lege.* 130. *de verb. sign.* Sed illæ solæ hoc nomen occupaverunt, propterea quod immediatè & proximè deferuntur à lege, & à lege sola absque voluntate defuncti: cùm testamentariam non ipsa lex deferat, sed delatam à testatore confirmet, *d. l.* 130. Hinc etiam hæredes legitimi & testamentarii passim opponuntur, *l.* 3. §. 2. *pro soc. l.* 17. §. 1. *l. in plurium* 70. *l. illud* 77. *de acq. hær. l.* 2. *& tot. tit. de suis & legit. hær.* Succeditur ab intestato vel ingenuis, vel libertis. De ingenuorum successione tractat priore loco: deinde de successione libertorum, & de-

defunum *tit.* 8. Hoc autem titulo solùm agitur de successione descendentium sive liberorum, quorum in causa successionis legitimæ prima semper ratio habita. Cùm autem varia sint liberorum genera, & pro varietate eorum varia quoque jura succedendi ab intestato, eo ordine hic proceditur, ut primi, & statim post descriptionem intestati prodeant, qui principem locum jure civili inter ipsos liberos obtinebant, aut potius soli in causa successionis liberi habebantur, sui scilicet hæredes. Inde §. 9. transitur ad successionem emancipatorum. Postea §. *pen.* commemoratur mutatio juris circa liberos adoptivos. Ad extremum discrimen vetus ex masculis & fœminis descendentium tollitur. Quæ mutatio jure novissimo in successione ab intestato facta ut *Nov.* 118. in unoquoque ordine succedentium, suo quæque loco indicabimus, ubi res id postulare videbitur: & denique totum illud jus accuratius tractabimus seorsum, adjectis institutis patris, post explicationem tituli de *success. cogn.* qui hujus libri quintus.

TEXTUS.

Definitio intestati.

Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est; aut si ex eo nemo hæres extiterit.

NOTÆ.

Intestatus decedit) Ex Ulpian. *l.* 1. *de suis & legit.* Intestatorum hæreditates nomen legitimarum sibi proprium fecerunt, propterea quod immediatè à lege deferuntur, *l.* 130. *de verb. signific.* Impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habent, & ad hos etiam vox *intestatus* licet minus propriè refertur, *d. l.* 1.

COMMENTARIUS.

1 *An appellatio intestati etiam ad pupillum, furiosum, prodigum, pertineat?*
2 *Appellatione rupti quid hic significetur?*
3 *Quando successioni ab intestato locus testamento irrito facto?*
4 *De testamento destituto.*

1 DEscriptio est intestati, cui similis Ulpiani in *l.* 1. *pr. de suis & legit.* Ait, *qui autem omnino testamentum non fecit.* Testamentum non fecisse, atque intestato mortuum esse dicitur non solùm is, qui non fecit testamentum, cùm facere potuerit: verùm etiam is, qui cùm civis Romanus esset, & sui juris, propter ætatem aliamve causam testari non poterat, ut pupillus, furiosus, prodigus, *d. l.* 3. *in pr.* quamvis, si quis captare velit verbum *intestatus*, non videantur hi propriè dici intestati: siquidem ubi habitus non est, non potest esse privatio. Sed cùm duo tantùm genera successionum jus civile agnoscat, ex testamento, & ab intestato; cui synonyma ex lege, & impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habeant; vox *intestatus*, ut forte minus propriè, ex sententia tamen legum accipienda fuit, non utique pro negatione *privante*, sed pro negatione, quæ à Philosophis *negans* dicitur. Adde, quod tametsi ipsi non possunt, possunt tamen parentes iis testamentum facere. Successorum impuberum ab intestato mentio est in *l.* 4. §. 3. *qui pet. tut. l.* 9. *de reb. dub. l. vel singulis.* 37. *de vulg. & pup. l.* 6. *C. ad Tertyll. l.* 10. *C. de legit. hæred.* Quamobrem dubitandum non est, quin rectè sentiant, qui cum Bart. in *d. l.* 1. *de suis & legit.* statuta de successione intestati loquentia ad supradictas quoque personas pertinere statuunt. Consule Forster. *lib.* 3. *de hær. qua ab int. c.* 4.

Non jure fecit) Puto quod legitimum numerum testium non adhibuerit, aliasve solemnitates, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, omiserit; aut quod liberos, quos in potestate habebat, hæredes non instituerit, aut exhæredavit, secundum ea, quæ tradita sunt libro superiore, *tit. de exhær. lib.*

2 *Ruptum*) Rumpi testamentum propriè dicitur, cùm testatore manente in eodem statu jus testamenti vitiatur, §. 1. *sup. quib. mod. test. inf.* Ex duobus verò modis, quibus testamentum rumpi docemur, *l.* 1. *de injust. rupt. test. & d.* §. *cum seq.* unus tantùm huc pertinet agnatio sui hæredis: nam mutatione voluntatis testatoris aliud testamentum postea facientis, etsi prius quidem etiam rumpitur, tamen non succeditur ab intestato: si hæreditas defertur ex posteriori. Planè mutatio voluntatis, in qua testator subsistit, puta si tabulas testamenti inciderit, scriptum deleverit, cancellaverit, signa avulserit, intestatum eum facit, *tit. de his quæ in test. del. l.* 1. §. *pen. si tab. test. null. ext. l. pen. C. de test.* Rescisso quoque testamento per querelam inofficiosi paterfam. intestatus fit: ac retroversus perinde omnia habenda, ac si hæreditas numquam adita esset, *l.* 6. §. 1. *l.* 21. §. 2. *de inoff. test. l. ut liberis.* 17. *C. de collat.* idemque est, si petita bonorum possessio contra tabulas, *d. l. ut liberis* 17. De quo fortassis alibi diligentius.

Irritumve factum) Si testamentum irritum factum in speciali singuificacione accipimus, nem-

nempe pro testamento, quod per testatoris capitis deminutionem infirmatum est, quo modo fere accipi solet, cùm opponitur testamento rupto, §. 4. & 5. *sup. quib. mod. test. inf. l.* 12. *de injust. rupt.* non video, quomodo id ad quæstionem propositam applicari queat: nam capitis deminutione testatoris, qualiscumque ea sit, non tantùm irritum fit testamentum, quod antea factum est, sed per eam etiam persona testatoris in eum statum deducitur, ut simul jus testamenti faciendi amittat atque adeo bona quoque ipsa, ut nec hæredem intestato habere possit. Quod si respicimus casum, quo capite minuti, mutata iterum conditione, bona & hæredem habere possunt, veluti si deportatus beneficio Principis restitutus sit, adrogatus sui juris iterum factus, atque ita decesserint non condito novo testamento; ne sic quidem pro intestatis habentur, saltem jure prætorio. Nam restituti quidem testamentum etiam circa novam declarationem voluntatis convalescit, *l.* 6. §. *pen. de injust. rupt.* itemque sui juris effecti, si codicillis aut aliis litteris declaraverit, se eo testamento, quod ante adrogationem fecit, velle decedere, *l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* ut proinde, si verba, ut dictum est, strictè accipimus, unus tantùm casus relinquatur, qui huc accommodari possit, si is, qui sui juris postea effectus, voluntatem, quam irritam fecerat capitis deminutio, recenti aliquo judicio non resuscitaverit. Quid si dicamus, de irrito additum propter jus civile, quo hæreditas ex testamento, quod semel irritum factum est, nullo casu defertur? Sanè causam non habet Bachovius, cur cautius Tribonianum loqui velit, quàm locutus est Ulp. in *d. l. de suis & leg. hær.*

3

Nemo hæres extiterit) Etiam id testamentum, ex quo nemo hæres extitit, nullas vires habet, §. 2. *sup. quib. mod. test. inf. l.* 9. *de testam. tut.* ac proinde non adita hæreditate paterfam. retroversus intestatus decessisse intelligitur, *l.* 64. *de verbor. sign.* Hoc autem casu in specie dicitur testamentum destitui aut deseri, §. 7. & 8. *inf. eod.* §. 2. *sup. de leg. Falc. l. ult. in fin. de cond. inst.* nonnumquam etiam irritum fieri, ut in *l.* 1. *de in just. rupt.* strictius accepto vocabulo distinguitur in *d. l.* 1. *de suis & leg. hær.* unde hic locus descriptus est. Itaque sine causa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit, quod destitutum testamentum hoc loco separat ab irrito. In transitu observetur, etsi utroque modo fiat, ut intestatus decessisse quis intelligatur, & is, cujus testamentum post mortem deseritur, & cujus testamentum ipso adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hæreditatis & effectu succedendi insignem inter hunc & illum modum esse differentiam: quam videbimus in §. *cum autem* 7. *inf. eod.* & §. *proximus* 6. *tit. seq.*

4

Textus.

Primus ordo succedentium ab intestato.

1. *Intestatorum autem hæreditates ex lege duodecim tabularum primum ad suos hæredes pertinent.*

Commentarius.

1

Non reperitur inter reliquias legis duodecim tabularum caput aliquod, quo, mortuo patrefamilias intestato, sui hæredes nominatim ad successionem vocentur. Cæterum non ambigo quin proprio etiam capite & separatim de hac successione caverint decemviri, *arg.* §. 2. *sup. de hær. qual. & diff. l.* 3. *C. de suis & leg. lib.* & quidem mox immediatè post legem testamentariam: quod mihi non obscurè ostendere videtur caput legis de successione agnatorum, quod extat apud Ulp. in *fragm. tit.* 26. in hæc verba: *At si intestatus moritur, cui suus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Primum enim verba hæc, *At si intestatus*, arguunt, paulo ante cautum fuisse de successione testamentaria, confirmatasque defunctorum voluntates, data cuique patrifam. libera testandi potestate, quæ legis illa particula est relata his verbis Pomponio in *l.* 120. *de verb. sign. Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, & plenius à Cic. *lib* 2. *de Invent.* & Cornificio *lib.* 1. *Rhetor. ad Herenn.* Deinde verba sequentia, *cui suus hæres nec extabit* apertè ostendunt, proximè præcessisse & interjectum fuisse inter hoc & illud de testamentis caput de successione ab intestato, & quidem quo sui hæredis primo loco vocati fuerint. Cur autem ad liberos suos hæredes dumtaxat lex successionem hanc pertinere voluerit, alibi explicatum est, & fortassis nonnihil iterum de eo dicitur in sequentibus. Vinn. Proprio capite & singulari lege de successione suorum egisse decemviros, non adeo expeditum est, idque merito negare videtur Gothofr. *ad LL.* 12. *Tabb. tab.* 5. *p.* 204. *sequ.* Cæterum fundamentum totius successionis legitimæ à decemviris stabilitæ est conservatio gentium. Hinc est, quod quicumque non erant ejusdem gentis, ab hæreditate legitima excluderentur. Succedebant itaque sui, non emancipati, non in adoptionem dati, non illegitimi, quia hi omnes non erant pars familiæ paternæ. Post suos vocabantur agnati, & his deficientibus gentilis, non cognati, qui alterius erant gentis.

tis. Uxor, quæ in manum convenerat, defuncto ſuccedebat, quia particeps erat gentis & ſacrorum mariti, adeoque non vocabatur uxor, quæ in manum non convenerat, quippe alienæ gentis. Et hinc eſt, quod hæreditates legitimas veteres vocant GENTILITIAS, quaſi quæ ſoli defuncti genti debeantur. Loca veterum, quæ huc pertinent, jam collegit laudatus Gothofr. *ibid. p.* 204. Conf. omnino Ill. Bynkersh. *Obſ. lib.* 11. *c.* 1. HEIN.

TEXTUS.

Qui ſunt ſui hæredes.

2. *Si autem hæredes exiſtimantur*) *ut ſupra diximus*) *qui in poteſtate morientis fuerint*; *veluti filius filiave, nepos neptiſve ex filio, pronepos proneptiſve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec intereſt, utrum naturales ſint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari neceſſe eſt etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis, vel matrimoniis non ſunt progeniti, curiis tamen civitatum dati ſecundum Divalium conſtitutionum, quæ ſuper his poſitæ ſunt, tenorem, hæredum ſuorum jura nanciſcuntur. Nec non eos, quos noſtræ amplexæ ſunt conſtitutiones, per quas juſſimus, ut ſi quis mulierem in ſuo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos ſuſtulerit, poſtea verò affectione procedente, etiam nuptialia inſtrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit, non ſolùm eos liberos, qui poſt dotem editi ſunt, juſtus & poteſtate patris eſſe; ſed etiam anteriores, qui & iis, qui poſtea nati ſunt, occaſionem legitimi nominis præſtiterunt. Quod obtinere cenſuimus & ſi non progeniti fuerint poſt dotale inſtrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint ſubtracti. Ita demum tamen nepos neptiſve, pronepos proneptiſve ſuorum hæredum numero ſunt, ſi præcedens perſona deſierit in poteſtate parentis, eſſe, ſive morte id acciderit; ſive alia ratione, veluti emancipatione. Nam ſi per id tempus, quo quis moritur, filius in poteſtate ejus ſit, nepos ex eo ſuus hæres eſſe non poteſt. Idque & in cæteris liberorum perſonis dictum intelligimus. Poſthumi quoque, qu ſi vivo patre nati eſſent, in poteſtate ejus futuri forent, ſui hæredes ſunt.*

NOTÆ.

2. *Divalium conſtitutionum*) L. 3. l. 4. C. *de notat. lib.* add. *Nov.* 89. *c.* 2.

Noſtræ amplexæ conſtitutiones) L. 10. l. 12. C. *de nat. lib.* §. *ultim. ſup. de nupt.* add. *Nov.* 74. *Nov.* 86. *cap.* 8. Huc etiam pertinent legitimati per reſcriptum Principis, *dict. Nov.* 89. *cap.* 9.

Poſthumi, &c. in poteſtate ejus) Addendum, ſi nemo eos gradu præcedat, §. *pen. ſup. de tutel.*

COMMENTARIUS.

1 *Legitimati an ad Feudi ſucceſsionem admittantur?*

2 *Ceſſare hodie edictum de conjung. cum emanc. lib.*

HIc §. prolixus eſt, ſed planus: continet enim repetitionem eorum, quæ jam ante diverſis in locis tradita & illuſtrata ſunt, maximè in §. *ult. ſup. de nupt.* §. 2. *de exhær. lib.* §. 2. *de hær. qual.* ut novam explicationem non magnopere deſideret. Sui hæredes ita à nobis *d.* §. 2. *de hær. qual.* definiti ſunt, liberi defuncti, qui in poteſtate morientis fuerunt, & tempore delatæ hæreditatis primum in familia defuncti gradum obtineut; quæ definitio modis omnibus perfecta eſt, ut patet ex hoc textu, junct. §. 7. *inf. eod. l.* 6. *de injuſt. rupt. l.* 7. *unde lib.*

Pronepos proneptiſve) Ordo eſt, *pronepos proneptiſve, prognatus prognatave ex nepote nato ex filio*; hoc eſt, ex nepote, qui non ex filia, ſed ex filio ſuſceptus ſit, nam nepotes ex filia huc non pertinent; quia patris, non matris familiam ſequuntur, *l. familiæ.* 196. §. 1. *de verb. ſign.* Pertinent quidem huc ex novo jure; ſed de eo nondum tempus eſt dicendi.

Nec intereſt, utrum naturales ſint, an adoptivi) Per naturales intelligit ex juſto matrimonio natos: quam perpetuam naturalium liberorum ſignificaitonem eſſe, cùm opponuntur adoptivis, docuimus in *d.* §. *ult. de nupt.* Adoptivi in cauſa ſucceſsionis ab inteſtato eadem conditione ſunt, qua naturales, non veteri ſolùm jure, *l.* 1. §. 2. *de ſuis & legit.* ſed etiam novo, ex conſtitutione Juſtiniani, qui jus ſuccedendi ab inteſtato integrum conſervavit etiam his, qui adoptati ſunt ab extraneo, *l. pen.* §. 1. *de adopt.* Sed de horum ſucceſsione plura *inf.* §. 13. & 14.

Quibus connumerari, &c.) Recenſet hìc duos modos, quibus liberi extra nuptias quæſiti, cæterum nati ex concubina muliere libera, quam pater uxorem habere poterat, jus ſuorum hæredum nanciſcuntur ex ſuis vel anteriorum Principum conſtitutionibus; ſi curiis oblati fuerint; ſi mater poſtea uxor ducta; & nimirum eos ipſos modos, quibus tradidit, liberos natos ex parentibus non conjugatis legitimos effici & in poteſtate patris, *d.* §. *ult. de nupt.* Idem jus conceſſum legitimatis per reſcriptum Principis: qui modus confirmandæ paternæ originis poſtea acceſsit, *Nov.* 74. & 89. reviſe, quæ *ſupr. ad. d.* §. *ult.*

Quod obtinere cenſuimus, etſi non progeniti) Cum

Cum constitutio Justiniani in *l. 10. C. de nat. liber.* qua natos ex concubina, quæ procedente deinde affectione uxor ducta sit, patri suo legitimos fieri voluit, strictè à nonnullis accepta esset, quasi eo tantùm casu legitimos eos fieri Justinianus voluisset, quo ex matrimonio secuto quoque liberi nati forent, superioribus fratres & sorores, quod ex verbis constitutionis colligebant; Justinianus nova & speciali constitutione mentem suam plenius exposuit, atque expressè jussit natos ante matrimonium etiam eo casu legitimos fieri, quo nulli liberi ex matrimonio postea contracto nati fuerint, aut nati ex hac luce sublati. Extat constitutio in *l. 11. C. de natur. lib.* Hinc apparet, mendosè legi textum, qui claudit *d. §. ult. de nupt.* & omnino restituendam esse lectionem sic, ut 1 ex Hotomanno eam illic restituimus. Jure feudali ad feudi successionem soli videntur admitti, qui legitimè nati sunt, exclusis omnibus legitimatis, *lib. 3. Feud. tit. 26. vers. naturales.* Vult. *1. feud. 9.* Sonsbec. *de feud. lib. 1. pag. 9. n. 72.* Hotoman. *ad d. vers. naturales*, quamvis major pars interpretum excipiat legitimos per subsequens matrimonium. Feudistæ post Andr. de Isernia *in d. ver. naturales.* Curt. *tract. feud. part. 1. 2. memb. 3. part. princ. num. 41.* Zas. *de feud. part. 8.* D. Tulden. *comm. hic cap. 13.* quo jure etiam nos utimur. Neostad. *cap. 5. de feud. Holl. success. n. 79.* Distinguunt quoque inter legitimationem Principis simplicem, & quando Princeps nominatim ad feuda quoque liberos legitimavit, Curt. *d. loc. n. 39.* Zas. *ibid.* Borcholt. *de feud. cap. 7.* Sed de hoc item dictum sub *§. ult. de nupt.*

Ita demum nepos neptisve) Quamvis semper filius, qui est in potestate, simul suus hæres sit; in persona tamen nepotis & cæterorum descendentium sæpe contingit, ut in potestate sint adscendentium, nec tamen numerentur inter suos hæredes; puta si nepotem filius, pronepotem filius aut nepos præcedant. Nam ad jus sui hæredis non sufficit esse in potestate, nisi simul proximum à defuncto gradum obtineas, hoc est, nemo te in tuo ordine antecedat. Ideoque ut nepos, verbi causa, jus sui hæredis consequatur, necesse est primum filium de familia sublatum esse: tunc autem statim in patris sui locum succedit, & quasi agnascendo jus sui hæredis in familia avi nanciscitur, de quo fusius sub *§. 2. de exhær. lib. & §. 2. de hær. qual.* Disertè autem locutus est de nepotibus & neptibus ex filio, omisis consulto natis ex filia, quod hi utr extra familiam avi materni nascuntur, ita & manent matre sublata. Postea tamen vocati sunt ex constitutionibus, & ante agnatos admissi, *§. ult. inf. eod.* & plenissimo jure una cum filiis aut nepotibus ex filio suis hæredibus, *Nov. 118. c. 1.*

Sive alia ratione sive emancipatione) Sed hodie quoad effectum succedendi nepotes in potestate retenti in locum patris sui emancipati non succedunt, aut jus suorum hæredum consequuntur: verùm filius nepotem ex se natum semper excludit, *d. Nov. 118. c. 1.* ut nec amplius locus sit edicto *de conjug. cum emanc. lib.* Multoque magis obstabunt nepotibus ex iis 2 natis, quos dignitas de potestate patria eximit: quippe quibus jura suorum hæredum integra conservari voluit Justinianus, *Nov. 8. c. 2.*

Posthumi quoque) Posthumi, qui vivo parente nati in ejus fuissent potestate, primumque gradum in familia obtinuissent, suorum hæredum numero sunt, *§. pen. supra. de tutel.* sicut & in aliis fere omnibus juris partibus, qui in utero sunt, pro jam natis habentur, quoties de eorum commodo agitur, *l. 7. & pen. de stat. homin.* De diversis posthumorum generibus tractatum *sup. §. 1. & seq. de exhær. lib. & §. posthumo 26. de legat.*

Textus.

Quomodo sui hæredes fiunt.

3. *Sui autem hæredes fiunt etiam ignorantes, & licet furiosi sint, hæredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim à morte parentis quasi continuatur dominium; & ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cùm etiam ignorantibus acquiratur suis hæredibus hæreditas: nec curatoris assensu acquiratur furioso, sed ipso jure.*

Notæ.

3. *Etiam ignorantes*) Nimirum quia ipso jure, *l. 14. de suis & legit.* fac. *l. 1. §. 7. si quis omi. ca. test.* cujus rei effectum cernere est in *l. 3. C. de jur. delib.* Jure civili etiam inviti: cæterum prætoris beneficio jus abstinendi habent, *§. 2. sup. de hær. qual.*

Continuatur dominium) *L. 11. de lib. & posthum.* vid. *sup. d. §. 2. de hær. qual.* non tamen possessio, *l. 23. de acq. poss.* facit *l. 19. ex quibus ca. maj.*

Commentarius.

1 *An uti dominium, ita & possessio rerum hæreditariarum suis hæredibus continentur?*

Hoc quoque loco inculcantur pleraque, quæ relata & explicata sunt *§. 2. de hæred. qual.* Ait *ignorantes.* Sui hæredes ipso jure, id est,

est, fine ullo suo facto aut voluntate, sola juris potestate hæredes fiunt: & ideo non, ut extranei, hæreditatem adire dicuntur, sed hæredes existere, *l.* 14. *de suis & legit. hæred.* Quo jure posito consequens est, ut hæredes existant etiam ignorantes, atque hinc si quis ex suis hæredibus patri superstes decesserit, quamvis ignorans patrem decessisse, nihilominus tamen hæreditatem patris ut jam potestate juris quæsitam, ad quoscumque hæredes trasmittit, *l.* 3. *Cod. de jur. delib.* Quin etiam inviti & nolentes hæredes fiunt, eaque de causa necessarii quoque hæredes appellantur *d.* §. 2. cujus rei magnus jure civili effectus fuit. Cæterum jure prætorio beneficium abstinendi habet, *d.* §. 2. & tamen post abstensionem nihilominus hæredes manent, quoad multa effecta. Unde illud; non est fine hærede, qui suum hæredem habet, licet abstinentem se, *l. cum quasi* 30. §. *sed etsi* 10. *de fideic. libert.* Sed repete notata ad *d.* §. 2. quo loco etiam monuimus, jure harum regionum hæredes omnes esse voluntarios.

Et licet furiosi) *L. furiosus* 63. *de acqu. hær. l. ult.* §. 2. *C. de cur. fur.* Hoc autem & ipsum ex jure superiore necessario sequitur: quia, ut ait, quibus ex causis ignorantibus acquiritur, ex his omnibus acquiri potest & furiosis: quod & alibi traditum, *l.* 12. *de reb. cred. l.* 24. *de obl. & act.* eademque ratio & infantis & pupilli est. Paul. *apud. Ruffinum tit. de legit. succes.*

A morte parentum continuatur dominium) Suis non tam acquiritur hæreditas, quàm dominium continuatur, *l.* 11. *de lib. & posth.* Ob eam enim causam sui dicuntur, quod non alienarum, sed suarum quodammodo rerum hæredes esse videntur: quippe suus hæres patri vivo quasi cohæres & communium bonorum socius est, ut illo mortuo, non novum acquirat dominium, sed quod prius cœptum erat, tunc plenius habere incipiat, *d. l.* 11. *d.* §. 2. *de hær. qual.* cùmque ipso mortis momento statim hæres existat, *l.* 7. §. *qui sunt* 7. *si quis om. ca. test.* jacere hæreditas nunquam dici potest: pulcherrimè Hotom. 9. *observ.* 10. Cæterum non ut rerum hæreditariarum dominium, ita & possessio suis hæredibus continuatur: quoniam possessio, cùm facti sit, citra naturalem rei apprehensionem non acquiritur, *l.* 1. §. 3. *l.* 3. §. 1. *l.* 8. *de acq. poss. l.* 19. *ex quibus ca. maj.* Et quod traditum est in *l. cum hæredes* 23. *de acq. poss.* adita hæreditate jura quidem omnia ad hæredem transire, possessionem verò non transire, nisi naturaliter apprehensa est; id non magis ad extraneos pertinet quàm ad suos hæredes. Nam ut concedamus, existentiam in suis hæredibus parem vim habere cum aditione in extraneis, majorem tamen vim ei inesse putare & fortius operari, valde absurdum est. Immo eamdem prorsus vim habet aditio in hæredibus extraneis, quàm in suis immixtio. Movere neminem debet, quod in *l. cum miles* 30. *ex quibus ca. maj.* apud Paulum scriptum est, possessionem defuncti quasi junctam descendere ad hæredem: de effectu enim usucapiendi loquitur: quod quoad hunc effectum, qui sine possessione nullus est, *l.* 25. *de usuc.* ipsa simul possessio transire videtur, propterea quod tempora possessionis defuncti & hæredis ita conjunguntur, ut usucapio numquam interrupta videtur, *l. numquam* 31. §. *penult. d. tit.* Alioqui contra jus expressum inferri posset, etiam hæreditatem jacentem possidere, quoniam usucapio à defuncto cœpta etiam ante hæreditatem aditam impleri potest, *l. cœptam* 40. *de usuc.* Illud nimis jejunum est, quod vulgo objicitur, dominium non acquiri sine possessione: nam hoc ad modos acquirendi, qui sunt ex jure gentium, pertinet: in civilibus autem acquisitionibus non est perpetuum, *l. à Titio.* 64. *de furt. l.* 19. §. 1. *quemad. serv. am.* add. Vigl. *ad d.* §. 2. *de hær. qual.* Gail. 2. *obs.* 129. Mynsin. 3. *observ.* 38. Anton. Fab. *C. suo de inoff. testam. defin.* 4. Christin. *vol.* 2. *decis.* 26. In Burgundia & tota fere Gallia obtinet illud, *Le mort saisit le vif.* Tiraquel. *in isto tractat.* Chassant. *de success. rubr.* 7. §. 1. VINN. Elegans ratio, cur possessio ad hæredes non transeat, redditur in *l.* 1. §. 15. *ff. si quis testam. liber. esse juss.* quia videlicet ea tantum, quæ hæreditatis sunt, in hæredem transfunduntur: possessio autem hæreditatis esse negatur. HEIN.

Nec tutoris auctoritate) Hoc quoque consectarium, ut & quod mox sequitur, ex eadem juris ratione est. In extranei hæreditate contra observatur: quippe quam amplius sibi delatam adeundo acquirere non potest sine tutoris auctoritate, *l.* 9. *l. pupillum.* 49. *de acquir. hæredit.* etiamsi perspicuè lucrosa est, neque ullum ab aditione periculum immineat, *l.* 9. §. 3. *de auct. tut.* §. 1. *supra eod. tit.* Pupillis infantibus quomodo extranei hæreditas acquiratur, cognosces obiter ex *leg. servo.* 65. §. 3. *ad Senat. Trebel. leg.* 18. *Cod. de jur. deliber.* tractatio non est hujus loci.

Nec curatoris assensu furioso) Immo nihil curatoris assensu furioso acquiri potest; ac proinde nec hæreditas extranei: cùm per rerum naturam fieri non possit, ut consensus alterius accommodetur ei, cujus nulla voluntas est. Sed nec ipse curator nomine furiosi hæreditatem

jure

jure civili adire poteſt. Planè poteſt, ſi velit bonorum poſſeſſionem nomine furioſi agnoſcere, *leg. 1. de bon. poſſeſſ. fur.* immo ex conſtitutione Juſtiniani etiam debet, ubi manifeſta eſt furioſi utilitas, *l. ult. §. 3. C. de cur. fur.*

Textus.

De filio poſt mortem patris ab hoſtibus reverſo.

4. *Interdum autem, licet in poteſtate parentis mortis tempore ſuus hæres non fuerit, tamen ſuus hæres parenti efficitur; veluti ſi ab hoſtibus quis reverſus fuerit poſt mortem patris ſui: jus enim poſtliminii hoc facit.*

Commentarius.

Licet in poteſtate parentis, *&c. non fuerit*) Reſpicit ad id, quod dixit initio §. 2. ſuos hæredes eſſe liberos, qui in poteſtate ſunt, quo tempore parens moritur: unde hic excipit caſum, quo filius ab hoſtibus captus poſt mortem patris revertitur. At enim ſi fictionem poſtliminii conſideramus; nulla hìc exceptio eſt: nam cùm poſtliminium fingat, eum, qui ad ſuos reverſus eſt, ſemper in civitate fuiſſe; ſecundùm hanc fictionem etiam tempore mortis patris in poteſtate fuit. Verùm Imperator excipiendo ſpectavit rei veritatem: revera enim ſuus hæres non eſt, nec in poteſtate morientis patris, qui eo tempore in poteſtate eſt hoſtium. Sic & filius ejus, qui apud hoſtes deceſsit, invitus hæreditati obligatur: quamvis ſuus hæres dici non poſsit (ut ait Juriſconſultus, *l. 12. qui teſt. fac.*) qui in poteſtate morientis non fuit: & tamen hic etiam in poteſtate & ſuus hæres eſt, ex lege Cornelia, quæ fingit; captum ipſo momento captivitatis mortuum, & in civitate.

Jus enim poſtliminii) Impp. Dioclet. & Maxim. id fictioni tribuunt legis Corneliæ, *l. 9. Cod. de poſtlim. rev.* ſed abuſio eſt nominum legis Corneliæ pro juris poſtliminii; niſi ſit ἁμάρτημα μνημονικόν.

Textus.

De memoria patris damnata ob crimen perduellionis.

5. *Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quia in familia defuncti ſit mortis tempore; tamen ſuus hæres non fiat: veluti ſi poſt mortem ſuam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim hæredem habere non poteſt, cum fiſcus ei ſuccedat: ſed poteſt dici, ipſo quidem jure ſuum hæredem eſſe, ſed deſinere.*

Commentarius.

Caſus ſuperiori contrarius, quo ſcilicet fit ut qui mortis tempore in poteſtate defuncti eſt, & proximum in familia gradum obtinent, ſuus tamen hæres non efficiatur: quod ait evenire, ſi pater poſt mortem ſuam perduellionis reus judicatus fuerit: quomodo & Ulp. hoc extulit *l. 1. §. de ſuis & leg. Interdum*, inquit, *etiam filius ſuus hæres excluditur, fiſco prælato; ut puta ſi perduellionis fuerit damnatus pater poſt mortem ſuam.* Baſil. 45. *tit.* 1. ἐπὶ τυραννίδι κατακριθῇ.

Poſt mortem) Speciale eſt in crimine perduellionis quod accuſatio & cognitio cœpta etiam poſt mortem rei peragitur: nam reliqua fere crimina moraliter extinguuntur, aut potius criminum perſecutio, *l. ult. ad leg. Jul. maj. tot. tit. C. ſi reus vel accuſ. mort.* Quid interſit inter crimen majeſtatis & perduellionis, demonſtrabitur alio loco.

Memoria ejus damnata) Gravius & ſeverius eſt, memoriam alicujus damnari, quàm perſecutionem criminis poſt mortem durare. Perſecutio durat etiam in judiciis publicis peculatus repetendarum, de reſiduis, *l. ex judiciorum 20. de accuſ. l. ult. ad leg. Jul. pecul.* At memoria rei damnatur in ſolo judicio perduellionis, lata in ipſum mortuum ſententia, per quam, quaſi adhuc viveret, memoria ejus deleatur, *l. ult. C. ad leg. Jul. maj.*

Suum hæredem eſſe, ſed deſinere) Patre mortis ſuæ tempore nondum damnato, ac proinde libero & cive Romano decedente, filius non poteſt non ſuus hæres eſſe, cùm, ut dictum eſt, ſtatim à tempore mortis hæreditas ſuis hæredibus acquiratur: ſed quia tempus ſententiæ & ſecutæ poſtea condemnationis retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admiſſi criminis, fit, ut jus ſuitatis extinguatur, aut potius perinde habendum ſit, ac ſi mortis tempore ſuus hæres non fuiſſet, & jam à die contracti criminis deſiiſſet eſſe in poteſtate, *arg. l. 15. l. donationes 31. §. ult. de donat. l. ultim. ad leg. Jul. maj.*

Textus.

De diviſione hæreditatis inter ſuos hæredes.

6. *Cum filius filiave & ex altero filio nepos neptiſve exiſtunt, pariter ad hæreditatem avi vocantur, ne cui gradu proximior eſt, ulteriorem excludit. Æquum enim eſſe videtur, nepotes neptiſve in patris ſui locum ſuccedere. Pari ratione & ſi nepos neptiſve ſit ex filio, & ex nepote pronepos pro-*

proneptisve, simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes, hæreditatem dividi: ut filius partem dimidiam hæreditatis habet, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus aut duo forte, ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit in capita, quid in stirpes succedere?*
2 *Successionis in stirpes jure veteri usum tantùm inter suos hæredes fuisse, & hujus successionis ratio.*
3 *Quatenus hæc successio procedente tempore extensa?*
4 *Cur in ea proximior ulteriorem non excludat?*
5 *Illustratur quibusdam aliis exemplis.*
6 *Etiam ubi soli sunt nepotes ex diversis filiis, in stirpes familiam ercisci.*

Locus est notabilis, in quo agitur de ratione succedendi & divisione hæreditatis inter suos hæredes primi & sequentium graduum. Descriptus autem est ex Cajo *lib. 3. Inst.* apud Rufin. *tit. de legit. success.* Omnis ab intestato successio aut est in capita aut in stirpes. 1 In capita, κεφαλικῶς succedi dicitur, cùm in tot partes hæreditas dividitur, quot sunt capita sive personæ succedentium: in stirpes, κατὰ σειρὰς, cùm pro numero stirpium secatur, ut qui sunt ex una stirpe, partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantùm, partem alteram. Capita sunt personæ unius aut plurium stirpium. Stirpes sunt generis origines: veluti filius est stirpis nepotum, nepos stirps pronepotum. In capita toties succedit, quoties personæ succedentium proprio jure & ex sua persona veniunt: in stirpes, cum veniunt jure repræsentationis, id est, ex persona ejus, in cujus jus & locum successerunt. 2 Et successionis quidem in stirpes jure veteri inter descendentes tantùm eosque descendentium solus usus fuit, qui ex filiis progeniti aut nepotibus ex filio in avi aut proavi, de cujus successione agebatur, potestate & familia proximi mortis tempore inventi essent, filius puta aut nepotibus præmortuis emancipatisve, *l. 1. §. 4. de suis & legit. hæred. l. 2. l. 3. C. eod. l. 8. §. quoniam 8. de inoff. testam.* Ulpian. *tit. 26. §. 1.* Cajus *lib. 2. tit. 8. §. 2.* Etenim ratio succedendi in stirpes, ut ex citatis locis intelligere licet, tota est ex jure singulari suorum hæredum: nec aliud fundamentum habet, quàm quod filiisfam. vivo etiamnum patre domini bonorum paternorum habiti sunt, *l. 11. de lib. & posth. §. 2. sup. de hær. qual.* & jam hæredes κατὰ πρόληψιν: quodque hinc filio è familia patris sublato, statim nepotes ex eo in locum ejus & gradum sucedunt, & jus sui haredis idem illud, quod pater ante habuit, quasi persona ejus induta in familia avi nanciscuntur, *d. l. 1. §. 4. de suis & legit. §. 2. sup. de exhær. lib. l. 13. de injust. rupt.* Hoc siquidem jure constituto, consequens omnino est, ut nepotes & deinceps ex masculis descendentes in successione avi ab intestato & cæterorum per patrem ascendentium in stirpes veniant, ut qui sunt ex una stirpe, licet plures numero, non amplius consequatur quàm parens eorum, cujus personam repræsentant, laturus fuisset, & quam capiunt ex alia stirpe forte pauciores, *d. l. 8. §. quoniam 8. de inoff. test. d. l. 2. C. de suis & legit. lib.* Cæterum post- 3 quam exemplum suorum hæredum matris etiam & aviæ hæreditas liberis delata fuit, & denique liberorum omnium conditio in successione parentum exæquata, placuit & hic quoque eamdem rationem in divisione hæreditatis inter liberos primi & inferiorum graduum servari, *§. ult. sub fin. l. 9. C. de suis & leg. lib. Nov. 118. cap. 1.* In liena quoque collaterali fratrum & sororum filii jure repræsentationis seu in stirpes veniunt cum defuncti fratribus ex eadem nova Justiniani constitutione 118. *cap. 3.*

Nec qui gradu proximior, ulteriorem excludit) 4 Quem tamen excluderet, nisi ulteriorem placeret in locum patris succedere, & jure repræsentationis quasi eodem gradu cum proximiore existentem ad successionem admitti. Hæc autem verba declarant, quomodo accipiendum sit, quod præcedit, *pariter ad hæreditatem vocantur*, nempe non de qualitate partium hæreditatis, in quas succeditur, sed de pari ac æquali jure successionis, quod scilicet nepotes etiam locum patris ingressi, ut sui hæredes, & ideo æquali jure & pariter sive simul cum patruis suis ad successionem avi vocentur, *l. 3. C. de suis & leg. lib.* Quod autem in specie illic proposita etiam hæreditas in partes æquales dividi debet; ex accidenti est, ubi nepos ex uno filio & alter filius soli concurrunt.

Et ex nepote pronepos proneptisve) Et pari item ratione si sit ex nepote pronepos proneptisve, & ex altero pronepote abnepos vel abneptis, simul vocabantur. Nam jus repræsentationis intra certum descendentium gradum conclusum non est, per *l. 1. § liberos. 7. de conjug. cum emanc. lib. Nov. 118. c. 1.* Nec aliud hoc loco propositum Justiniano fuit, quàm exemplis, quæ

quæ fortè hìc attulit, declarare, quomodo remotiores concurrentes cum proximioribus succedant: quæ & communis est interpretum nostrorum sententia, vid. Gomez. 1. *var. resol. cap.* 1. *n.* 15. Schrad. *de feud. part.* 7. *cap.* 5. *n.* 14.

In parentis sui locum succedere) Ratio successionis in stirpes: quæ modo à nobis fusè explicata est. Ait, *ex altero filio duo pluresve*: quare & si unus tantùm sit filius, & ex altero filio sex nepotes, ille unus integrum semissem hæreditatis, & tantùm solus, quantum nepotes omnes habebit. Quod si plures sint filii, singuli tantùm capiunt, quantum nepotes ex filio præmortuo universi. Et convenienter, si duo aut plures sint nepotes ex diversis filiis, & ex alio nepote pronepotes, hi pronepotes universi non plus ferent, quàm nepotum singuli. Quibus casibus mixta est successio. Observandum autem est, non minus neptes ex filio, quàm nepotes in locum parentum succedere, *l.* 1. §. *non minus* 6. *de suis & legit.*

5 *Item si ex duobus filii nepotes*) Exemplum simplicis successionis in stirpes, cùm soli sint nepotes ex diversis filiis: & hoc casu maximè est conspicua vis repræsentationis, quæ ex jure suitatis primam traxit originem. Licet enim omnes hìc pari gradu sint, ut proprio singuli jure succedere posse videantur; tamen postquam semel placuit, nepotes in locum patris sui demortui aliave ratione exuti jure sui hæredis, succedere, non debet hoc jus ex accidenti aliquo variari, puta ut soli nepotes ex diversis filiis, & numero inæquales, seu pauciores cum pluribus ex hac vel illa stirpe concurrentes, in capita hæreditatem dividerent, *l.* 2. *C. de suis & legit. hæred.* Quare sic in universum rectè definiens, descendentes ex masculis omnes, qui sunt diversarum stirpium, quantumvis ejusdem omnes gradus, in stirpes, non in capita succedere.

Textus.

Quo tempore suitas spectatur.

7. Cum autem quæritur, an quis suus hæres existere possit, eo tempore quærendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse: quod accidit & destituto testamento. Hac ratione si filius exhæredatus fuerit & extraneus hæres institutus, & filio mortuo postea certum fuerit, hæredem institutum ex testamento non fieri hæredem, aut quia noluit esse hæres, aut quia non potuit, nepos avo suus hæres existet: quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos, & hoc certum est.

Notæ.

7. *Destituto testamento*) Eo quod nemo hæres ex eo extiterit: quæ destitutio patremfam. ex eo tempore intestatum faciet *l.* 1. *de suis & leg.* Extra hunc casum idem semper est tempus mortis & delatæ hæreditatis.

Nepos avo suus hæres) Nec obstat, quod filius patri superstes fuit; quia filio non est delata hæreditas, utpote jam mortuo, quo tempore defertur ab intestato *d. l.* 1. §. 8. *de suis & leg.* junct. *l.* 39. *de acq. hær.*

Commentarius.

1 & 2. *Quando quæstioni propositæ locus?*
3 *Plura exempla huc pertinentia.*
4 *Removentur quæ huc objici posse videntur.*

Etsi certum est, in causa successionis ab intestato primum locum obtinere suos hæredes, tractari tamen potest, quo tempore inspiciendum sit, an aliquis suus hæres existere possit, mortisne defuncti tantùm, an etiam alias delatæ ab intestato hæreditatis. Enimverò hæc quæstio locum habere non potest, cùm nullum testamentum defunctus fecit, aut non jure fecit, quo casu palam est, tempus mortis à tempore delatæ hæreditatis non separari, ac ne tunc quidem, cùm testamentum factum est, sed vivo adhuc testatore vitiatum aut destructum: nam hic quoque necesse est, ut tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis, quo jam nullum erat testamentum, concurrat. At locum habet in casu testamenti destituti, hoc est, cùm in irritum constituitur testamentum, quod jure factum erat, post mortem testatoris, eo quod hæres scriptus ex testamento hæreditatem non adierit. Cùm enim lex hæreditatem nemini deferat ab intestato, quamdiu ea ex testamento adiri potest, *l. quamdiu.* 39. *de acq. hær.* hìc jam tractationi propositæ locus sit, utrum cum quæritur, an ut quis tamquam suus hæres succedere possit, inspiciendum sit tempus mortis testatoris, quo adhuc sua vis testamento constat, an tempus testamenti deserti, ut sufficiat vel eo tempore suum esse, quo hæreditas ab intestato deferri seu certum esse incipit, defunctum intestatum decessisse, neminemque ei ex testamento hæredem fore: quod posterius placuit, *l.* 1. §. *sciendum.* 8. *de suis & leg. l.* 6. *in pr. vers. planè. de injust. rupt. l.* 7. *unde lib. & hoc text.* Hinc ergo interdum evenit, ut suus hæres existat, qui eo tempore, quo is, de cujus hæreditate agitur, decessit, suus hæres non erat. Quæ res uno exemplo hìc declaratur, videlicet si paterfam. testamento facto decesserit, exhæredato filio: ex quo ei nepos erat, & post exhæredati mortem con-

tingat institutum hæredem non esse : hoc enim casu nepotem avo suum hæredem existere: quo exemplo etiam utitur Ulp. *d. l.* 1. §. *sciendum* 2 8. *de suis & leg.* & Papin. *d. l.* 7. *unde lib.* Aliud & simile habemus apud Theophilum, si filius exhæredatus, extraneo sub conditione instituto, pendente conditione decesserit, & postea defecerit conditio. Ulp. *d. l.* 1. §. *sciendum* 8. etiam exemplum affert in filio sub conditione, quæ fuit in arbitrio ipsius, instituto, & mortuo non impleta conditione. In legitima quoque agnatorum successione hujus quæstionis usus est, cùm disputatur, quo tempore spectanda proximitas, §. *proximus.* 6. *seq. tit.*

Quod accidit & destituto testamento) Id est, cùm ex testamento nemo hæres extiterit, vel quia hæres institutus hæres esse noluit, vel quia non potuit, ut statim sequitur: quæ destitutio ex eo tempore patremfam. tam intestatum facit, quàm si aut nullo facto testamento, aut eo, quo factum erat, ante mortem evacuato, decessisset, *sup. in pr. eod. d. l.* 1. *de suis & leg. hær. l.* 1. *de injust. rupt. test.*

Si filius exhæredatus, & extraneus hæres institutus, & filio mortuo) Ait *exhæredatus*: nam 3 ut valeat testamentum, quo filius ipse non instituitur, exhæredatum eum nominatim esse oportet, *l. propen. de lib. & post. sup. de exhær. lib. in pr.* Ait *filio mortuo*, deliberante forte hærede instituto, *d. l.* 1. §. *sciendum* 8. *de suis & leg. hær. d. l.* 7. *unde liberi.* Necesse autem est, ut quæstioni locus sit, filium medio tempore decessisse; alioqui ipse deserto testamento suus hæres patri existet, *l. filium* 20. *de bonor. poss. cont. tab.* Hinc colligunt, per exhæredationem non tolli jus familiæ: & rectè, alioqui ipse nepos prorsus patris locum occuparet, atque ipso statim jure everteret testamentum avi: Vid. nostra ad §. *non solum* 4. *sup. de pup. subst.*

Aut quia non potuit) Puta quod antequam hæreditatem adiret, mortuus sit, aut cùm sub conditione hæres institutus esset, conditio defecerit. Adeunte igitur extraneo, manet sepultum jus nepotis.

Nepos suus hæres existit) Nec obstabit nepoti, quod filius exhæredatus suo superstes fuit: quia filio non est delata hæreditas: quæ ratio redditur in *d. l.* 1. §. *sciendum.* 8. *de suis & legit.* significatur in *l.* 6. *pr. vers. planè de injust. rupt. & d. l. unde lib.* ac simul removet, quod 4 objici posset, quamquam ejusdem potestatis est, in suis hæredibus successionem non esse, videlicet quia isti regulæ tunc locus est, quando quæstio est de nepote, ut sub hærede admittendo post delatam filio hæreditatem, *d. l.* 1. §. *sciendum.* 8. An jure civili hodierno in descendentibus locus sit edicto successorio, difficilis & intricata quæstio est, quæ fusè tractatur à Bart. Bald. Salic. Castr. *in l.* 3. *C. unde liberi.*

TEXTUS.

De nato post mortem avi, vel adoptivo a filio emancipato.

8. *Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus hæres efficitur. Planè si conceptus & natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus hæres avo non existet: quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Sed nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem cum non sint sui (quantum ad hæreditatem) liberi, neque bonorum possessionem petere possunt, quasi proximi cognati. Hæc de suis hæredibus.*

COMMENTARIUS.

1 *Species, & cur in ea filius non obstet nepoti, aut nepos non rumpat?*
2 *Conceptum & natum post mortem avi huc non pertinere, & quare?*
3 *De adoptato à filio emancipato.*
4 *Amplius de concepto, & nato post mortem avi.*

Post mortem avi natus, tamen vivo conceptus) 1 Aliud exemplum ad præcedentem tractationem pertinens, & quamdam continens ampliationem; nempe si quis filio exhæredato nuru prægnante decesserit, & filio deinde mortuo antequam partus ederetur, hæres institutus omiserit hæreditatem. Hìc quoniam qui in utero sunt, cùm de commodo eorum agitur, pro jam natis habentur, *l.* 7. *l. pen. stat. hom. l.* 7. *de suis & legit.* placet, hunc nepotem, licet natum post avi mortem, non minus quàm si ante natus fuisset, avo suo ab intestato hæredem fore: neque magis obstare nepoti filium, quàm in casu præcedenti, propter eamdem rationem, quia filio non est delata hæreditas, ut qui mortuus sit eo tempore, quo adhuc ex testamento adiri poterat. Cur verò hic nepos posthumus non rumpit agnascendo? Nimirum quia agnascendo is solus rumpit, quem tempore mortis nemo præcedebat. Hæc ad hunc ferme modum Jurisconsultus, *l.* 6. *pr. vers. planè. de injust. rupt.*

Planè si & conceptus & natus) Quod dictum 2 est §. *præc.* nepotem avo suo hæredem existere posse, qui tempore mortis suus non erat, modo solus inveniatur tempore destituti testamenti,

ti, hoc nunc sic restringit, ut dicat, id locum habere, cùm tempore mortis nepos jam in rebus humanis fuit, aut saltem vivo avo conceptus. Cum Ulp. in *l. 1. §. sciendum. 8. de suis & leg.* de nepote verò concepto post avi mortem ait, nunc nepotem, mortuo patre suo, non posse deserto testamento suum hæredem avo existere. Et addit rationem, quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Ratio generalis, ex qua consequitur, oec posse eum ullo alio jure succedere, neque ut nepotem, neque ut cognatum ad bonorum possessionem admitti: quod etiam in calce expressum est, & pluribus locis apertissimè traditum. Sed de eo videbimus postea.

Quem filius emancipatus adoptavit) Quem filius meus emancipatus adoptavit, nepos meus non est, *l. 26. de adopt.* ratio perspicua est, quia per emancipationem filius agnatus esse desiit; & ita jus constitutum est, ut adoptati his tantùm, quibus agnascuntur, cognati fiant, *l. 23. eod. tit.* ut mirum non sit, mortuo filio emancipato, non posse adoptivum illum vel tamquam suum vel tamquam inter liberos hæreditatem vel bonorum possessionem petere. Unde putaverit aliquis, hoc exemplum positum esse loco alieno. Sed videtur Justinianus qualiquali similitudine illustrare voluisse, quod dixerat de nepote concepto post mortem avi.

Cùm non sint sui) Vocem *suus* delendam esse Contius & Hotomannus existimant, propterea quod ante dixit, ne cognato quidem esse, nedum liberos. Sed oon placet nimia ista scrupulositas in examinandis verbis conditorum juris. Et cur verò vox ista retineri non posset? Per occasionem dumtaxat, ut probet, suos non esse, ne cognatos quidem esse ait: cæterum tota disputatio ex professo de suis hæredibus instituta est, ut ipse Justioianus testatur in extremo hujus §.

Quantum ad hæreditatem) Rectè quantum ad hæreditatem: nam in aliis rebus, puta privilegiis, causis prohibendarum nuptiarum, jure patronatus, oepotes etiam post mortem avi concepti pro liberis habentur: & sunt sanè sanguine conjuncti omnibus, quia avo fuerunt, aut ab eo descendunt, *l. 1. §. pen. de suis & leg.* Quod succedant io jus patronatus, docet Paul. *l. Paulus 47. §. 3. de bon. libert.* quo argumento admitti videntur & ad feuda, ad emphyteusim acceptam pro descendentibus, item ad jus retractus. D. Tuld. *comm. hic cap. 4.*

Neque bonorum possessionem petere quasi proximi cognati) Sicut is, qui post mortem avi concipitur, non vocatur ad legitimam avi hæreditatem tamquam suus hæres, ita nec bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia ut lex duodecim tabularum eum vocat ad hæreditatem, qui moriente eo, de cujus boois agitur, in rerum natura fuit, quo in numero etiam habetur, qui vivo eo est conceptus; ita prætor proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerunt, *l. 6. cum 2. seqq. de suis & legit. l. 6. in pr. vers. planè de injust. rupt. l. 1. §. si quis. 8. unde cogn.* Quare quod dictum supra est, nepotem qui tempore deserti testamenti solus & proximus invenitur, avo suum hæredem existere, hoc sic est intelligendum, si & remoto mortis tempore obstaculo, aut testamento non facto, & nemine eum tunc præcedente, statim jus succedendi habuisset; quod habere non potest, qui moriente avo in rebus humanis non est. Quod verò nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt; id Julianus scribit non propriè, sed per abusionem, vel potius ἀκαφορικῶς accidere, *l. 8. de suis & legit. hær.* Pileus, ut refert Accursius hic, putavit, nunc etiam posse hunc nepotem suo jure succedere, ex *Nov. 118. c. 1.* sed contraria Joannis sententia pluribus probata est, testibus Joan. Fab. & Angel. *hic.* Sanè *d. Nov.* nihil juvat opinionem Pilei, utpote, qua tantùm tollitur differentia sexus, gradus, & potestatis, add. Bach. in Treutl. *vol. 2. disp. 16. thes. 1.* D. Tulden. *in tit. C. de suis & legit. n. 4. & d. cap. 4. ad hunc tit.* ubi tamen fatendum esse ait, proposito Justiniani, qui omnia in hac successione ad simplicitatem naturæ redigere studet, maximè consentaneum esse, ut hoc quoque emendatum voluerit, cæterum cùm id expressè non fecerit, hujusmodi casu evenientem opus esse remedio principali per *l. 2. de reb. eor. qui sub tut.* VINN. Potest tamen nepos, etiam post avi mortem conceptus & editus, bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti petere, quia licet non sit avo agnatus, est tamen liberti aviti patronus, eoque jure ad hujus successionem vocatur. *l. 47. §. pen. ff. de bon. libert.* Vid. Balduin. & Giphan. *ad §.* HEIN.

TEXTUS.

De liberis emancipatis.

9. Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim sui hæredes sunt, qui in potestate morientis esse desierunt, nequ ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum pos-

possessionem unde liberi, perinde, ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent: sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis existentibus, emancipato uno, & eo, qui tempore mortis in potestate fuerit, sanè quidem is qui in potestate fuit, solus jure civili hæres est, & solus suus hæres: sed enim emancipatus, beneficio prætoris, in partem admmittitur, evenit, ut suus hæres pro parte hæres fiat.

NOTÆ.

9. *Jure civili nihil juris*) Emancipatio & sui hæredis & agnationis jus adimit, *l. 11. de suis & legit. l. 1. §. 8. ad SC. Tertyll. l. 7. de cap. min.*

Prætor naturali æquitate motus) Quia nihilominus liberi manent, naturæ vinculum & jus sanguinis, *l. 4. unde lib.* & maximè quia verum nihilominus est, ex masculis eos esse procreatos.

Bonorum possessionem unde liberi) *D. l. 4. & pass. unde liberi.* Eadem ratione adductus dat testamento præteritis bonorum possessionem contra tab. *§. 3. sup. de exh. lib.*

COMMENTARIUS.

1 *Qua ratione motus, & quo colore, prætor emancipatis deferat bonorum possessionem unde liberi?*

1 Liberis emancipatis contingit capitis deminutio, per quam jus agnationis & familiæ amittunt, ut latè docetur *lib. 1.* Proinde cùm nec sui hæredes sunt, qui in potestate esse desierint, nec agnati, propter mutationem familiæ: vetus legitima hæreditas, quæ lege 12. tabularum suis dumtaxat hæredibus, & post hos agnatis defertur, ad eos non pertinet, *l. 11. de suis & leg. l. 1. 3. capitis 8. ad sen. Tertyll. l. 7. de cap. minut.* Cæterum quia nihilominus liberi manent, quia manet naturæ vinculum & jus sanguinis, *l. 4. unde lib. l. 8. de reg. jur.* & maximè quia nihilominus verum est, ex masculis eos esse procreatos, prætor his succurrit, rescinditque capitis deminutionem, ut loquitur Jurisconsultus *l. 6. §. 1. in fin. de bon. poss.* hoc est, perinde emancipatos vocat, ac si capite minuti non essent, vique ipsa restituit iis jus suorum hæredum, dum eis defert bonorum possessionem unde liberi, atque in partem bonorum paternorum una cum suis hæredibus admittit. Sic & in ordinatione testamenti eadem ratione adductus prætor, quod jus civile in suis tantùm hæredibus requirebat, jussit liberos emancipatos vel hæredes institui vel exhæredari, data præteritis bonorum possessione contra tabulas, *§. emancipatos 3. sup. de exhær. lib.*

Neque ullo alio jure) Lex duodecim tabb. ad legitimam hæreditatem vocabat alios jure suitatis, alios jure agnationis, alios jure patronatus. Quod ergo ait, liberos emancipatos neque suos hæredes esse, neque alio jure à lege vocari, planum ac perspicuum sensum habet, nec jure agnationis eos vocari, nec jure patronatus, quo vocantur, patrono mortuo, liberi ejus ad legitimam hæreditatem liberti, *infr. de succ. libert.* ac proinde nodum in scirpo quærit Hotomannus, dum pro his verbis *per legem duodecim tabb.* legendum existimat *præter legem*, &c.

Bonorum possessionem unde liberi) *L. 4. & passim. si tab. test. nul. ext. l. unde liberi. §. 1. inf. de bonor. poss.* Cæterum si quæ propria habent, his, qui in potestate manserunt, conferre debent, *l. 20. §. 2. contr. tab. l. 9. l. 18. C. de collat.* Ulp. *lib. 2. institut. apud.* Rufin. *tit. de legit. success. Unde liberi* autem dicimus præcisè, pro, ex ea parte edicti, unde liberi vocantur: quod in cæteris quoque bonorum possessionibus usuvenit. Sic dicitur bonorum possessio unde legitimi, item unde cognati, & unde vir & uxor, *d. §. 1. & seq. infr. de bonor. poss.*

In partem admittitur) Dimidiam. scilicet: εἰς τὸ ἥμισυ. Theoph. Nam emancipati apud prætorem sunt loco suorum hæredum, *tit. seq. in pr. d. §. 1. de bon. poss.* Et expressè scribit Justinianus *l. ult. §. 1. C. de legit. hær.* filium emancipatum in patris successionem sine ulla deminutione à prætore vocari. Hæc autem bonorum possessio etiam suis hæredibus ex abundanti proposita, *d. §. 1. de bonor. poss. l. 1. §. 6. unde liberi.* Jure novissimo, etiam jure civili, emancipati succedunt, *Nov. 118. cap. 1.*

TEXTUS.

Si emancipatus se dederit in adoptionem.

10. *At hi, qui emancipati à parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi: si modo cùm is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem verò naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æquè extraneorum loco fiunt, & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum*

gra-

gradum nanciſcuntur. Quod ideo ſic placuit, quia iniquum erat, eſſe in poteſtate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertineat, utrum ad liberos ejus an ad agnatos.

N o t æ.

10. *Non admittuntur*) Quia alium hi patrem habent, cui ſui hæredes ſunt jure civili, *l. pen. C. de adopt.*

C o m m e n t a r i u s.

1 *Cur ad bonorum poſſeſsionem unde liberi non vocentur, qui à patre emancipati ſe adrogandos dederunt?*

2 *Cur ab adrogatione emancipati, vivo patre naturali, jus liberorum recuperent, ſecus ſi poſt mortem ejus? & quid hic reſpectu patris adoptivi?*

Quod dictum fuit, liberos emancipatos beneficio prætoris vocari ad bonorum poſſeſsionem unde liberi, id hic locus docet non eſſe perpetuum, & primum non pertinere ad eos; qui à patre emancipati ſe adrogandos dederunt, & quo tempore pater naturalis moritur, adhuc ſunt in poteſtate & familia patris adoptivi, *fac. l. ult. unde liberi.* Deinde non pertinere omnino ad emancipatos à patre adoptivo, cùm de illius ſucceſsione quæritur: quæ mox *ſeqq.* §§. plenius declarantur.

In adoptionem) Manifeſtum eſt, verbo generali ſignificari hoc loco ſpeciem adoptionis, quæ adrogatio dicitur: quippe quæ ſola eorum eſt, qui ſunt ſui juris, §. 1. *ſup. de adopt.*

1 *Non admittuntur*) *L. 4. unde liber.* Etenim prætori hoc ſolum propoſitum fuit, ut ſuccurreret emancipatis, qua tales ſunt, idque ratione quadam commiſerationis, quæ in iis ceſſat, qui ſe dederunt in adrogationem, aliumque ſibi patrem quæſiverunt, dum his ſatis conſultum in familia adoptiva, in qua jus ſuorum hæredum & agnationis nanciſcuntur. Ad hæc prætor emancipatos vocat inter ſuos hæredes, & tamquam ſuos, *tit. ſequent. in pr. l. 6. §. 1. de bonor. poſſ.* ratio autem non patitur, ut quis jus ſui hæredis habeat in duabus familiis.

Quaſi liberi) Id eſt, ex ea edicti parte, qua prætor ad ſucceſsionem ab inteſtato liberos vocat. Quod ideo expreſsit, quia etſi non admittuntur ut liberi, admittuntur tamen alia parte edicti, quia ſcilicet vocantur cognati, §. *admonendi.* 13. *inf.* Illud ſatis conſtat, inter legitimos eos non admitti, quia jus agnationis per capitis deminutionem extinctum eſt.

2 *Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur*) Si liberi naturales emancipati & adoptati iterum emancipati ſint, prætor ex humanitate his reſtituit jus naturale liberorum, quod ademerat adrogatio, perindeque eos admittit ad bonorum poſſeſsionem patris naturalis, ac ſi ſemper ſui juris manſiſſent, *l. 4. unde lib.* ſcilicet quia alioqui foret, ut ſpe omni deſtituerentur, atque excluderentur & à patris naturalis ſucceſsione & adoptivi.

Quod ad patrem adoptivum pertinent, extraneorum loco) Jura enim adoptionis in totum diſſolvuntur emancipatione, ita ut & nomen liberorum emancipati à patre adoptivo amittant, & pater adoptivus poſt emancipationem pater eſſe deſinat, *l. 1. §. liberos 6. l. 4. unde lib. l. 2. §. objicitur 15. ad Tertyll.* denique nullum fere ex priſtino jure retineatur veſtigium *l. 13. de adopt.* Particula (*fere*) eo loco addita à Juriſconſulto, propterea quod filiam quondam adoptivam uxorem habere non poſſum, *l. quin etiam 55. de rit. rupt.*

Poſt mortem patris naturalis) In bonis patris adoptivi nihil juris habent, ſive ante, ſive poſt mortem patris naturalis ab adrogatione emancipati fuerint. Quod vero attinet ad ſucceſsionem patris naturalis, intereſt, emancipati ſint vivo adhuc patre, an poſt mortem ejus: nam priori caſu jus liberorum per adrogationem amiſſum beneficio prætoris recuperant; poſteriore caſu non item, ſed tertio demum loco invitantur ad bonorum poſſeſsionem unde coguati, §. 13. *inf. eod.*

Iniquum erat, eſſe in poteſtate patris adoptivi) Ratio cur ab adrogatione emancipati poſt mortem patris naturalis liberorum gradum non conſequantur; ne alioqui in poteſtate adrogatoris ſit, utri ad ſucceſsionem ab inteſtato veniant, liberi ne, an agnati: quippe qui facere poſſet, ut ſuccederet agnatus proximus non emancipando, ut non ſuccederet, emancipando; atque ita jus hæreditatis ex alieno penderet, *l. illa inſtitutio 32. de hær. inſt.* Sed longius iſta αἰτιολογία petita eſt. Commodius hæc afferri poterat, ne jam delata aut quæſita aliis liberis aut agnatis hæreditas ex poſtfacto & accidenti auferatur: neque ulla hic ſit injuria liberis, utpote qui & ultro ſe in adoptionem dederunt, poſtquàm à patre naturali emancipati fuere, & volentes iterum ſunt emancipati à patre adoptivo.

T e x t u s.

Collatio filiorum naturalium & adoptivorum.

11. *Minus ergo juris habent adoptivi filii, quàm naturales. Namque naturales emancipati beneficio præ-*

prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant. Adoptivi verò emancipati & jure civili perdunt gradum liberorum, & à prætore non admittuntur: & rectè. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest: nec quia desinunt sui hæredes esse, possunt desinere filii filiæve, nepotes neptesve esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est, emancipatione, perdunt.

COMMENTARIUS.

HIc locus continet antithesin liberorum emancipatorum naturalium & adoptivorum, cujus explicatio petenda ex iis, quæ dicta sunt sub §§. *præc. 9. &* 10. Summa hæc est: liberos naturales emancipatos jus liberorum & successionis ab intestato, quod amittunt jure civili, retinere jure prætorio: emancipatos verò ex adoptione nec à prætore liberorum numero haberi, ullove modo vocari ad successionem quandam adoptivi patris. Ratio, quia illi, etsi sui hæredes esse desinunt quod nomen civile est, non tamen desinunt esse liberi natura: hi planè extranei fiunt, jusque & nomen liberorum adoptione quæsitum emancipatione perdunt, *l. 1. §. liberos 6. l. 4. unde lib.* Regula, *Civilis ratio civilia jura perimere, &c.* plenissimè à nobis explicata est sub *§. ult. de leg. agn. tut. & §. pen. de cap. dem.*

TEXTUS.

De bonorum possessione contra Tabulas.

11. *Eadem hæc observantur & in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque hæredibus institutis, neque, ut oportet, exhæredatis prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat prætor ad eamdem bonorum possessionem, eos verò, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut nec ab intestato, ita longè minus contra tabulas testamenti ad bona ejus admittit: quia desinunt in numero liberorum ejus esse.*

NOTÆ.

12. *Et in ea bon. possessione*) Non solùm sc. in causa successionis ab intestato. Th.

Eos, qui in potestate & emancipatos) Suis hæredibus præteritis ex abundanti hoc beneficium datum, *l. 1. pr. cont. tab.* quemadmodum & bonorum possessio, unde liberi, & suis emancipatis pariter proposita, *l. 1. §. 6. unde lib.*

COMMENTARIUS.

1 *Etiam suis hæredibus propositam bonorum possessionem contra tabulas.*
2 *Communia utriusque bonorum possessionis.*
3 *Difficilius quem admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, quàm ab intestato.*

PRætor non tantùm in casu successionis ab intestato liberis emancipatis succurrit, data iis bonorum possessione unde liberi; verùm etiam testamento facto pollicetur præteritis bonorum possessionem contra tabulas: quæ bonorum possessio cum præcedenti illa tribus in rebus hoc loco comparatur.

Neque ut oportet exhæredatis) Non enim quævis exhæredatio summovet liberos à bonorum possessione contra tabulas, sed quæ rite facta est: quæ vitiosè, pro præteritione habetur, *l. 8. §. 2. de bon. poss. contr. tab. §. 3. sup. de exhær. lib.* Incautè D. Tuldenus *inf. tit. de bon. poss. cap. 5.* pro *non rectè* aut *vitiosè*, dixit, *iniquè*. Nam qui dicunt *iniquè* se exhæredatos, certum est, iis nullum remedium superesse, præter querelam inofficiosi testamenti. Eodem autem modo, quo jure civili testamento facto liberi sui hæredes instituendi sunt, aut exhæredandi, filii scilicet nominatim, filiæ & nepotes saltem inter cæteros, voluit prætor institui, aut exhæredari etiam emancipatos, eoque neglecto decernit eis bonorum possessionem contra tabulas testamenti, *§. emancipatos 3. sup. de exhær. lib.*

Eos qui in potestate) Sive naturales sive adoptivos, *l. 1. in pr. cont. tab.* Licet enim bonorum possessio contra tabulas potissimum comparata sit emancipatorum gratia, quippe qui exhæredati aliud remedium non habebant, eadem tamen & in potestate constitutis, sive suis hæredibus proposita, si neque instituti, neque exhæredati sunt, *d. l. 1. in pr.* quamvis horum præteritione testamentum vitietur, nulliusque momenti jure civili sit, *l. 1. de injust. rupt. test.* ut proinde ex abundanti hoc illis beneficium tribuatur, *fac. l. 2. C. eod. tit.*

Vocat ad eamdem possess.) Sequuntur nunc comparationes utriusque remedii à similibus. Prima similitudo in eo est, quod ut bonorum possessio unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita est, ita & hæc bonorum possessio contra tabulas, *d. l. 1. in pr.* junct. *§. 6. cont. tab.* Secunda, quod sicut illa ab intestato non datur liberis, qui tempore mortis patris naturalis in aliena familia sunt, ita nec eis detur contra illius tabulas: & eamdem scilicet ob

ob causam, quia alium patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, *l. pen. non procul à pr. C. de adopt.* Tertia, quod quemadmodum illa ab intestato non datur emancipatis à patre adoptivo, ita nec hæc contra tabulas testamenti patris adoptivi; quia non sunt amplius ex liberis, jure adoptionis per emancipationem soluto, *d. l. 1. §. 6. l. 3. §. 2. de bon. poss cont. tab.*

Ita longè minus contra tab.) Α᾽ϖαρασκευάζει à minori ad majus & difficilius. Qui non admittitur ad bonorum possessionem ab intestato, is non debet admitti ad bonorum possessionem contra testamentum: illud enim minus est, hoc majus propter favorem testamenti, cujus rescissio difficulter & non nisi gravi ex causa permittitur. Unde Justinianus, cùm iis, qui adoptati sunt ab extraneo, reservet jus succedendi ab intestato; tamen testamento facto præteritos aut exhæredatos à successione in totum repellit, *d. l. pen. C. d. adopt. §. sed ea. 14. inf. hoc tit.*

Textus.

Unde Cognati.

13. *Admonendi tamen sumus, eos, qui in aliena familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur alia tamen parte vocari, scilicet, qua cognati defuncti vocantur. Ex qua ita admittuntur, si neque sui hæredes liberi, neque emancipati obstent, neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim prætor liberos vocat tam suos hæredes, quàm emancipatos deinde legitimos hæredes, tertio proximos cognatos.*

Notæ.

13. *Ea parte edicti, qua liberi*) Neque ex capite altero *unde legitimi.* Illud, quia alium patrem jure civili habent: hoc, quia desierunt esse agnati.

Qua cognati) Etenim naturale jus cognationis fortius est, quàm ut per actum civilem adoptionis perimi possit, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. sup. de leg. agn. tut.*

Neque agnatus ullus) Nam prætor totum agnatorum ordinem cognatis antepofuit, *l. 1. quis ord. in bon. poss. inf. de success. cogn. in pr.* Hodie autem liberi, de quibus hìc agitur, non cognatis tantùm, sed agnatis etiam omnibus præferuntur, sublato sc. agnationis & cognationis discrimine, *Nov. 118. c. 3. & 4.*

Commentarius.

1 *Cur ab adrogatione emancipati post mortem patris naturalis admittantur ut cognati, non admittantur ut liberi?*

2 *Hodie vix esse hujus quæstionis usum.*

Declarat hìc Imperator, quomodo accipiendum quod dictum est, liberos, qui emancipati à patre naturali se in adoptionem dederunt, & adhuc, cùm is moritur, in adoptiva familia sunt, aut post mortem demum patris ab ea emancipati fuerunt ad bonorum ejus possessionem non admitti: nempe non admitti neque ex capite edicti, quo vocantur liberi, quod ante quoque obiter monuimus, neque ex capite altero, quo vocantur agnati: sed admitti tamen, tertio scilicet loco in ordine cognatorum, inque eo cæteris cognatis jure proximitatis præponi. Cujus rei ratio hæc est, 1 qui etsi jus & nomen liberorum per adoptionem amittunt, & agnati quoque esse desinunt; cognationis tamen jura in familia patris naturalis semper retinent, utpote fortiora, quàm ut per actum civilem adoptionis perimi possint, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. sup. de leg. agn. tut.* Cur verò minùs liberorum numero, quàm cognatorum à prætore habentur, cùm utrumque nomen æquè naturale sit? Quia absurdum prætori visum est, suorum hæredum loco esse patri naturali eos, qui alium patrem habent cui sunt sui hæredes jure civili. Nam sciendum 2 est, emancipatos à prætore vocari non simpliciter ut liberos, sed ut suos hæredes, quorum numero eos habet, *tit. seq. in pr.* proinde nomen liberorum propemodum civile esse, non utique vocis sono, sed intellectu juris prætorii. Hodie vix ullus esse videtur hujus §. usus. Nam cùm Justinianus discrimen agnationis & cognationis sustulerit, & cognatos æque ac agnatos ad successionem ab intestato vocaverit secundum gradus cujusque prærogativam; *Nov. 118. cap. 3. & 4.* consequens est, liberos, de quibus hìc agitur, non cognatis tantùm, sed agnatis etiam omnibus præferri.

Post mortem naturalis parentis) Minimè mirum: nam emancipatio hæc potius augere debebat, quàm minuere jus illud, quod ut cognati in bonis patris naturalis habebant, cùm adhuc essent in familia adoptiva. Sanè nisi bonorum possessio patris naturalis deferretur liberis tunc, cùm adhuc sunt in familia aliena, non deferretur emancipatis post illius mortem: ut disseruimus *sup. §. 10.*

Nec agnatus ullus) Nam prætor totum agnatorum ordinem cognatis antepofuit: & ideo licet remotiores sint agnati, cognatis tamen proximioribus præferuntur. Quod ultro videtur prætor dedisse jure civili, quo agnati soli vo-

vocantur, cognatis insuper habitis.

Ante enim prætor liberos, &c.) Hi sunt tres illi gradus successionum ab intestato, aut potius ordines succedendi, quos prætorem fecisse legimus. Primus ordo est liberorum, sive sui hæredes sint, sive emancipati. Secundus legitimorum: nam statim post liberos ad bonorum possessionem admittit agnatos. Tertius cognatorum: quos jure civili in totum exclusos vocat, deficientibus agnatis, *l. 1. §. 1. unde lib. l. 1. in pr. quis ord. in bon. poss.*

TEXTUS.

Emendatio juris antiqui. De Adoptivis.

14. *Sed ea omnia antiquitati placuerunt: aliquam autem emendationem à nostra constitutione acceperunt, quàm super iis personis exposuimus, quæ à patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etiam nonnullos casus, in quibus filii & naturalium successionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio ex hæreditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta; cum nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel hæredem eum instituere, vel exhæredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum: neque si ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure, tam naturali quàm legitimo in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptioni servamus: quemadmodum si paterfamilias sese dederit adrogandum, quæ specialiter & singulatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.*

NOTÆ.

14. *Nostra constitutione*) *L. pen C. de adopt.* cujus frequens in his libris mentio, *§. 2. sup. de adopt. §. 8. quib. mod. jus pat. pot. §. 5. sup. de exh. lib. §. 1. sup. quib. mod. test. inf.*

Ab intestato ad patris adoptivi, &c.) Et tamquam suus hæres. At liberis hujus patris adoptivi frater non fit, nec ei succedit: quia jura legitima in familia ejus non consequitur, *dict. l. pen. §. 1.* Non obloquitur sibi Just. cùm ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *d. l. pen. §. 2.* Nam hoc non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

Testamento autem facto) Hinc apparet, minus esse, habere jus succedendi ab intestato, quàm ut testamentum nullum dicendi, aut evertendi per bonorum possessionem contra tabulas, aut querelam inofficiosi.

Ex tribus maribus) Ita quoque legitur in *d. l. pen. §. 3. C. de adopt.* & apud Theoph. Qui lectionem immutant, corrumpunt, non corrigunt locum: add. Cujac. in *l. ult. C. de decur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ mutatio & quam ob causam circa successionem adoptivorum facta à Justiniano?*
2 *Notatur Bachovii oscitatio.*
3 *Collectiones Triboniani minimè necessariæ.*
4 *Sabiniano Senatusconsulto quid cautum?*
5 *Disputationem de successione adoptivorum hodie inutilem esse.*

HOc §. refertur & inculcatur jus novum, quod à Justiniano circa liberos adoptivos introductum est, *l. pen. C. de adopt.* & de quo actum *sup. de adopt. §. 2.* Summa huc redit. Jus vetus ita fuit, ut non tantùm qui adrogabantur, in potestatem & familiam patris adoptivi transirent: verùm etiam qui filiifam. à patre naturali in adoptionem alii dabantur, sine ulla distinctione jus liberorum & suorum hæredum in familia naturalia amitterent, novumque nanciscerentur in familia adoptiva. In adrogatione nihil mutatum, in adoptione nonnihil, propter incommodum, quod ex veteri jure nasci poterat. Igitur in casu filii à patre naturali in adoptionem dati ita Justiniano placuit, ut si datus sit personæ extraneæ (qualis omnis, qui est extra lineam parentum,) non transiret in potestatem & familiam hujus patris adoptivi, sed jus parentis naturalis salvum maneret, retineretque filius in illius familia nomen & jus sui hæredis: & porro quod huic consequens erat, ut impunè à patre adoptivo testamento facto præteriri aut exhæredari posset. Hoc uno tamen ei concesso, ut ab intestato huic patri succedat. Si verò datus sit personæ non extraneæ, sed avo materno, puta aut nepos post emancipationem patris conceptus & editus avo etiam paterno, jus vetus integrum reliquit sine ulla invocatione. 1

Quia

Quia invenimus nonnullos casus) Usus videtur plurativo pro singulari. Nam unus dumtaxat casus reperitur, quo in adoptionem extraneo dari & patris naturalis & adoptivi hæreditate excidere poterant, videlicet si post mortem patris naturalis ex adoptione essent emancipati: cujus etiam solius mentio in *d. l. pen.*

Uti possit ab intestato) Et quidem jure sui hæredis: hoc enim jus disertè hactenus ei tribuitur, *d. l. pen.* §. 1. *fin.* Atque ita occurit hic casus singularis, quo is qui in potestate non est, & tantùm non extraneus, sui hæredis jus habeat, voceturque ad hæreditatem una cum defuncti liberis naturalibus & legitimis. Cæterum voluit Justinianus, hanc adoptionem tantùm prodesse adoptato ad solam successionem extranei patris adoptivi, non etiam ad consequenda jura legitima in ejus familia, *d. l. pen.* §. 1. Quamobrem vix scio, quid sibi velit Bachovius, qui pro limitatione hìc addendum scribit ex *Nov.* 118. *c.* 3. concurrere hunc extraneum adoptatum tantùm cum liberis ab uno latere conjunctis; quia cum utrinque conjuncti excludant consanguineos & uterinos, multo magis adoptatum excludere debeant; &c. Non puto, Bachovium tam profundè somniasse, ut quamvis sic loquatur, existimaverit, liberorum quosdam esse ex uno latere conjunctos, quosdam ex utroque & hos illis, ac proinde & adoptatis in successione parentis ex *d. Nov.* præferri: sed ut apparet ex *d. c.* 3. quod allegat, cogitasse de successione collateralium, & admonere voluisse, in ea successione adoptivos defuncti fratres ex *d. Nov. c.* 3. non plus juris habere posse, quàm conjunctos ex uno parente tantùm, quibus præferuntur conjuncti utrinque. Credibile quoque est, eam intellexisse liberos adrogatos: nam hi, de quibus hìc agimus, liberis extranei adoptatoris fratres non sunt, nec eis succedunt prorsus. Utut sit, aut alienum est, quod Bachovius monet, aut fallitur.

Neque jure civili, neque jure prætorio) Olim liberi adoptivi omnes, qui transibant in familiam patris adoptivi, quamdiu in eadem conditione manebant, non minus quàm justis nuptiis quæsiti, hæredes institui aut exhæredari debebant: præteriti & jure civili testamentum nullum dicere poterant, & jure prætorio contra tabulas bonorum possessionem petere; exhæreditatis patebat querela inofficiosi testamenti, §. 4. *sup. de exhær. lib.* 1. *l. in pr. cont. tab.* §. 2. *sup. de inoff. testam.* quod Justiniani lege mutatum in adoptatis ab extraneo, velut consequens ei, quod voluit, eos non transire in adoptivi patris potestatem. Ergo ex d. constitutione impune hi præteriri vel exhæredari possunt, nulloque remedio, sive civili sive prætorio, adversus testamentum adjuvantur, *d. l. pen. C. de adopt.* Non obloquitur sibi Justinianus, cùm ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *l. pen.* §. 2. hoc enim non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

Cùm nec necessitas imponatur patri adoptivo) Non satis bona collectio: Non est necesse hunc hæredem instituere vel exhæredem facere, ergo nullo remedio contra testamentum uti potest. Nam nec mater nec avus maternus liberos, nec liberi parentes necesse habent hæredes instituere aut exhæredare, qui tamen præteriti aut exhæredati testamentum per querelam inofficiosi impugnant. Sic nec illa consecutio necessaria est: Non est mihi naturali vinculo copulatus; ergo non est necesse eum hæredem instituere, &c. quasi solo vinculo civili nemo adstringatur ad aliquem hæredem instituendum, &c. quæ tamen vis adhuc hodie est adrogationis, ut in *fin. hujus* §.

Ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus) Quo Senatusconsulto, quantum ex hoc loco conjicere est, cautum fuit, ut qui unum è tribus alterius liberis maribus adoptasset, quartam partem ei bonorum suorum relinquere cogeretur, sicut ex constitutione Antonini Pii quarta relinquenda est adrogato impuberi. Ex eodem Senatusconsulto manasse videtur, quod Justinianus commemorat in *l. ult. C. de decur. lib.* 10. ut qui tres mares haberet, si unum ex iis, quod decurio esset, in Senatum maximum legendum curaret, ei curiæ liberationem pareret; quod referendum inter privilegia πολυπαιδίας. Meminit quoque hujus Senatusconsulti Justinianus in *d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.* Nihil agunt, qui hunc locum vel aliter explicant, ut Connan. 2. *comm.* 15. vel aliter legunt, & pro *tribus maribus*, ut etiam legitur apud Theoph. substituunt *tribus manibus*, ut Alciat. 4. *parerg.* 3. *tribus mancipationibus*, ut Ræyard. *c.* 6. *de auct. prud.* add. Cujac. in *d. l. ult. C. de decur.* Gothofr. *ad l. pen.* §. 3. *C. de adopt.*

Pristina jura tali adoptioni servamus) Propterea quod hoc casu concurrente naturali vinculo cum civili, cessat metus superioris incommodi, ne scilicet adoptatus ab utriusque patris successione aliquando excludatur: qui sensus est *d. l. pen.* Jus vetus adoptionis planè nunc exolevit: neque enim adoptati aut liberorum aut agnatorum aut cognatorum jure ho-

hodie censentur, sed tantùm pro alumnis sunt: ut proinde tota disputatio de successione liberorum adoptivorum hodie fit inutilis : vide quæ *sup. tit. de adopt.*

TEXTUS.

De descendentibus ex fœminis.

15. Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quæve ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & jure agnatorum eos anteponebat : nepotes autem, qui ex neptibus, cognatorum loco connumerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, sive paternæ sive maternæ successionem. Divi autem Principes non passi sunt, talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere; sed cùm nepotis & pronepotis nomen commune sit utrisque, tam qui ex masculis, quàm qui ex fœminis descendunt, ideo eumdem gradum & ordinem successionis ei donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solum naturæ, sed etiam veteris juris suffragiis muniuntur; portionem nepotum vel neptum, vel deinceps, (de quibus supra diximus,) paulo minuendum esse existimaverunt; ut minus tertia parte acciperent, quàm mater eorum, vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus sive maternus, quando fœmina mortua est, cujus de hæreditate agitur : iisque licet soli sint, adeuntibus, agnatos minimè vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi sui vocat; ita & principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ eos cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat. Sed nos, cùm adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis authoritate; memoratam quidem constitutionem à nostro Codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est : & sanximus talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, vel deinceps superstitibus, agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare : ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundùm sui vigorem & tempora & nunc sancimus; ita tamen ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hæreditatem, similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri jubcamus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes vel proneptes, & alias deinceps personas; ut utraque progenies matris vel patris, aviæ vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur : ut si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant.

NOTÆ.

15. *Item vetustas*) Intelligit tum legem 12. tabb. tum jus prætorium : nam & prætor nepotes, &c. ex sexu muliebri demum vocabat in cognatorum ordine post lineam agnatorum.

Quem mater eorum) Ex. ca. Titius decessit relicto filio, & ex filia præmortua nepote : hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. tabb. aut si emancipatus est, suffragatione juris prætorii, bessem hæreditatis ex d.constitutione feret, nepos trientem reliquum, id est, tertia parte minus, quàm mater latura fuisset.

Vel avia) Hic ponendum thema, quo quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filia.

Vel pater eorum) Adde *vel mater* v. c. Titia decessit, relicto filio aut filia, & nepote nepteve ex filio filiave demortuis. Hìc quia filio aut filiæ suffragatus SC. Orficianum *infr. tit.* 4. *pr.* & §. 1. nepos neptisve ex d. constitutione non aliter admittuntur, quàm cum deminutione tertiæ partis.

Quartam partem substantiæ) Hanc quartam agnati sibi vindicabant, nepotibus ex filia solis existentibus, non quando concurrebant cum munitis suffragio juris veteris: memorati Principes quamdam Falcidiam vocant.

Sed in stirpes) Ut in locum parentum veniant, succedantque adinstar nepotum & pronepotum ex virili sexu.

Sine ulla deminutione) Quartæ scilicet agnatorum, quando non concurrunt liberi primi gradus aut nepotes ex sexu virili : nam tertiæ deductionem tributam iis, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, intactam reliquit, *l. ult. C. de suis & leg. lib.* ad quam hic se refert. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio, *Nov.* 118. *cap.* 1.

COMMENTARIUS.

1 *Qui descendentium lege 12. tabb. & à prætore ad successionem intestati vocentur?*

2 *Juris veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti juri nitatur?*

3 *Planius & plenius, quàm vulgo, explicatur quatenus per* l. 4. C. Theodos. de legit. hær. *veteri juri derogatum.*

4 *Quid*

4 *Quid insuper detractum, quid adjectum constitutione Justinian.* l. ult. C. de suis & leg. lib.
5 *Cantiunculæ & Mynsingeri error.*

HÆc pars est hujus tituli postrema, in qua primum repetuntur ex vetusto jure differentiæ circa succesionem descendentium ex masculis & fœminis: deinde ostenditur, quantum his differentiis detractum & de antiquo jure derogatum sit constitutione recentiorum Principum, & postremo Justiniani. Locus est obscurus & ænigmaticus, paucis intellectus, & ab his, qui eum intellexisse videntur, ita explicatus, ut tamen aliquid amplius desideres, & plus lucis. Plenius ergo & planius, si potero, rem totam explicabo.

Item vetustas) Intelligit tum legem duodecim tabularum, tum jus prætorium. Falluntur enim, qui putant, legem duodecim tabularum ad hæreditatem ab intestato vocasse tam natos ex filiabus, quàm ex filiis, totumque illud discrimen, quod hìc refertur, adscribunt mediæ Jurisprudentiæ, inter quos Mynſ. Cantiunc. & Giphanius. Etenim palam est lege duodecim tabb. ex descendentibus eos solos ad hæreditatem vocari, qui sunt sui hæredes, atque his deficientibus ex transversa linea solos agnatos: eos verò qui tantùm cognati essent, jus succesſionis ab intestato nullum ex ea lege habuisse. Nimirum Decemviri, ut dignitati & propagationi familiarum consulerent, ad eos solùm succesſionem pertinere voluerunt, qui essent ejusdem generis & familiæ. Quare cùm nepotes ex filia non sint sui hæredes avo materno, sed patri, in cujus sunt potestate; & fœmina non suam aut patris, sed alienam, in quam nubit, familiam propaget, *l. 195. §. ult. de verb. sign.* non poterant hi nepotes ad succesſionem avi materni ullo modo venire, excludebanturque non tantùm à filiis & filiabus defuncti, ab iisve, qui ex filii essent progeniti; verùm etiam ab agnatis ejus. Denique prætor emancipatos dumtaxat inter suos vocabat, ut masculorum quoque progeniem: hosce autem nepotes & cæteros ex sexu muliebris demum post lineam agnatorum, in tertio scilicet ordine, qui cognatorum est.

Quam aviæ vel proaviæ sive paternæ sive maternæ) In aviæ aut proaviæ paternæ succesſione nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege 12. tabb. habent, quàm habent in succesſione avi proavive, aviæ proaviæve maternorum, non enim magis aviæ aut proaviæ paternæ sui hæredes aut agnati sunt, quàm avo aut proavo materno, &c. cùm nec filius matris sit, ob eamque causam nec ipse matri ex lege succedat, nec à prætore in primo ordine vocetur. Filii tamen aut filiæ mentionem non facit: quia his matris legitima hæreditas pridem delata fuerat Senatusconsulto Orficiano, non aviæ nepotibus, *inf. tit.* 4. & ideo rectè ait, nepotes pronepteſve ataviæ & proaviæ ad succesſionem à Prætore admiſſos fuiſſe demum in linea cognatorum, quia nec post illud Senatusconsultum jus liberorum in ea succesſione habebant.

Divi autem Principes non passi sunt, &c.) Sequitur jam derogatio juris antiqui, quæ auctores habet Valentinianum, Theodosium & Arcadium, *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* quam parte aliqua mutilatam in codicem suum retulit Justinianus *l. 9. C. de suis & leg. lib.* Justitia derogationis duplici ratione commendatur. 1. quia inæqualitas illa juris inter descendentes ex masculis & fœminis injuriosa in ipsam naturam: quomodo alibi naturæ accusatores appellat, qui differentiam inducunt inter masculos & fœminas, *l. 4. C. de lib. præt.* 2. quia nomen nepotum & pronepotum omnibus commune, & tam iis, qui ex fœminis, quàm qui ex maribus progeniti sunt, conveniens. Quarum tamen rationum, si libere dicendum est, altera vera non videtur, altera minimè sufficiens. Nam quæ injuria est in naturam si is, qui jus percipiendarum hæreditatum in sua familia habet, ut suus, aut agnatus, non admittatur eodem jure in familia aliena, ne duabus in familiis simul regnum teneat? Deinde si contra naturam non est, hoc prospicere, ut ne familiæ splendor ac dignitas minuatur aut pereat; sed consentaneum etiam juri gentium legibusque plurimarum bene ordinatarum civitatum, dare operam, ut sartæ-tectæ familiæ conserventur; non potest à ratione naturali alienum videri, si masculi potius atque ex masculis descendentes, propagatores & columnæ familiarum, quàm fœminæ, in quibus familiæ intereunt, ad hæreditatem vocentur: quod & ipsum diligenter cautum reperitur legibus Mosaicis, *Num.* 27. 8. Vid. Philon. *de vit. Mos.* 3. Hinc jam sponte intelligitur quàm ficulneum argumentum sit alterum, quod à communione petitur nominis, ad inducendam juris æqualitatem inter eos, quos tam insignis consideratio disjungit. Sed videamus quid placitum Græcis Principibus.

Eumdem ordinem & gradum succesſionis) Donaverunt Imperatores eumdem gradum succesſionis nepotibus & pronepotibus, de quibus hìc sermo est, quem habent illi, qui succedunt ex lege duodecim tabularum, & qui vocantur à prætore: hoc est, voluerunt ex fœmi-

minis prognatos non minus jus liberorum & succeſsionis ab inteſtato habere, quàm prognati ex maſculis, ut ſui hæredes habent ex lege 12. tabb. & liberi emancipati ex edicto prætoris unde liberi, ut cum his in ſucceſsione concurrant. Addo, ut ſequentia minore negotio percipiantur, ut concurrant etiam cum liberis primi gradus, patruis ſcilicet & avunculis ſuis, in ſucceſsione aviæ, quos jam temporibus Marci agnatis in ſucceſsione matris præpoſuerat Senatuſconſultum Orficianum. Cæterum portio horum nepotum aliquando memoratorum Principum conſtitutione minuta fuit, ut mox audiemus.

Veteris juris ſuffragiis muniuntur) Jus vetus hìc accipere debemus tum legem duodecim tabularum, quæ ex liberis ſuos dumtaxat hæredes ad hæreditatem vocabat; tum edictum prætoris, quo ad bonorum poſſeſsionem ab inteſtato invitantur liberi emancipati; & denique Senatuſconſultum Orficianum, quo, ut diximus, matris legitima hæreditas defertur filiis & filiabus. Latius enim tractatio hujus §. ſe extendit, quàm ſpondet principium, pluſque ſenſit, quàm ſcripſit Juſtinianus, uti ſtatim videbimus.

Ut minus tertia parte) Quamvis prædicti Principes, nepotes nepteſve ex ſexu fœmineo deſcendentes cum his, à quibus jure veteri in totum excludebantur, ad ſucceſsionem ab inteſtato admiſerint; noluerunt tamen, illos eum his æqualiter hæreditatem partiri, ſed aliquanto plus habere eos, qui etiam juris veteris ſuffragatione nituntur, & nimirum illos triente minus, quàm hos, conſequi, *d. l. 9. C. de ſuis & legit.* quod datum reverentiæ juris veteris fuit.

Quam mater eorum vel avia) Caſus pertinens ad ſucceſsionem adſcendentium marium, cùm defunctus deſcendentibus unius pater, avuſque aut proavus paternus, aliis avus proavuſque maternus eſt: de fœminarum adſcendentium ſucceſsione mox ſubjicitur. Cùm igitur de ſucceſsione avi materni quæritur inter filium ſuperſtitem & ex alia demortua nepotes, hìc filius, quia juvatur prærogativa legis duodecim tabb. aut ſi emancipatus eſt, ſuffragio juris prætorii, beſſem hæreditatis ex d. conſtitutione feret; nepotes trientem reliquum, id eſt, hi tertia parte minus ferunt, quàm mater ſuperſtes latura fuiſſet: ille enim hæreditatem paternam æqualiter eum fratre ſuo diviſiſſet, jam ſi de ſe ſemiſſe, quem mater habitura fuerat, tertiam partem detrahas, triens tantùm nepotibus relinquitur: alter ſemis auctus acceſsione detracti ſextantis beſſem efficit. Similiter quando quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio, aut filia, filius favore juris veteris altero tanto amplius habebit, quàm hi pronepotes, qui pro ſemiſſe, in quem avia eorum vocata fuiſſet, trientem tantùm accipiunt, id eſt, tertia parte minus. Nihil autem in ſucceſsione proavi materni intereſt, nati ſunt pronepotes ex nepte, an ex nepote ex filia: nam, quod ad ſtirpem attinet, aviam ſcilicet, filiam proavi, omnes ex ſexu muliebri veniunt. Illud quoque non refert, utrum pari gradu, an impari ſint deſcendentes ex ſexu virili cum poſteris ex ſexu ſequiore, remotiores, an propriores. Nam etſi ex filio tantùm nepos ſit aut pronepos ex nepote ex filio nato, ſive ſuus, ſive emancipatus, & ex adverſo nepos ex filia; illi nihilominus propter ſuffragationem juris veteris beſſem totius hæreditatis auferent, huic non amplius triente.

Pater eorum, vel avus paternus ſive maternus, quando fœmina mortua) Hic apparet, plus ſenſiſſe Juſtinianum, quàm hactenus ſcripſit. Nihil enim huc uſque traditum eſt, quod id, quod hìc proponitur, referri poſſe videtur. Nam initio locutus eſt tantùm de deſcendentibus ex maſculis, quos ſolos dixit à veteribus ut liberos ad hæreditatem vocatos fuiſſe, inſuper habitis iis, qui ex fœmineo ſexu deſcenderent. Deinde ait, hos cum illis admiſſos fuiſſe à Divis Principibus, cum deminutione tamen tertiæ partis propter ſuffragationem juris veteris, qua juvantur qui ex viris progeniti ſunt. Quamobrem quod hìc ſcribit, ænigma videri poterat, niſi ante monuiſſem, id quod de juris veteris prærogativa dixit, ex mente ejus referendum eſſe etiam ad eos, quibus ſuffragatur Senatuſconſultum Orficianum; quod collatum cum conſtitutione dd. Principum, ſanè vetus etiam eſt. Hoc Senatuſconſulto vocantur liberi ad hæreditatem matris, & vocantur pleno jure abſque patris ullius detractione, excluſis in totum defunctæ agnatis. At vocantur liberi dumtaxat primi gradus, filii ſc. & filiæ: nepotes & deinceps ad ſucceſſionem aviæ non vocantur, *tit. 4. inf. in pr. & §. 1.* Sed hi demum cum iſtis admiſsi ſunt eadem illa conſtitutione, cujus jam ſæpe facta mentio: admiſsi verò cum deminutione item tertiæ partis, propterea quod filii & filiæ juris quoque veteris ſuffragio muniti erant, id eſt, Senatuſconſulto Orficiano.

Pater eorum) Supple, vel mater. Caſus enim eſt, in quo agitur de hæreditate fœminæ defunctæ dividenda inter liberos primi & ſecundi gradus. Pone igitur, hinc eſſe filium filiamve, illinc nepotem neptemve ex filio fi-

lia-

liave demortuis. Senatusconsultum Orficianum hæreditatem ex asse attribuit soli filio, aut filiæ nepoti neptive nihil. Ex nova verò constitutione etiam nepos & neptis ad aliæ successionem vocantur, & simul cum filio filiave: ita tamen, ut pati debeant tertiam sibi detrahi de parte, quam integram pater eorum, vel mater superstites habituri fuissent in materna hæreditate ex Senatusconsulto.

Vel avus paternus sive maternus) Casus, quo quæritur de successione fœminæ defunctæ inter liberos primi gradus & pronepotes proneptesve, qui tertio gradu suut: supplendum igitur, *vel avia paterna sive materna*, nam hæ quoque superstites matri successissent ex Senatusconsulto. Ponamus ergo, cum filio aut filia superstitibus concurrere pronepotes proneptesve natos natasve ex nepote nepteve nato natave ex altero filio aut filia demortuis: hi pronepotes proneptesve in totum à successione proaviæ repellentur Senatusconsulto: à Principibus autem una cum filio aut filia admittuntur, cœterum cum deminutione illa, quam diximus, partis avitæ: quod datum honori Senatus, ut sc. tertia minus consequantur, quàm habituri fuissent avi aviæve, qui si viverent, ex æquo cum fratre aut sorore maternam hæreditatem partirentùr. Sed quid dicendum in proposito, si hinc nepos tantùm sit, aut neptis, illius pronepos aut proneptis, nulli autem liberi primi gradus? Rectè nimirum censet Hotomannus, nihil amplius hìc laturos nepotes, quàm pronepotes: sed æqualiter omnes illos ad aviæ, hos ad proaviæ hæreditatem ex principali dispositione admittendos esse: quia cùm nepotes in successione aviæ non magis jus liberorum ante constitutionem habuerint, quàm pronepotes in successione proavi, sive legem antiquam consideres, sive edictum prætoris, sive denique Senatusconsultum Orficianum, non possunt illi majorem sibi portionem vindicare, partemve aliquam detrahere pronepotibus ob juris ullius antiquioris suffragium, quo nomine tantùm detractio illa à Principibus permissa est.

Licet soli sint, adeuntibus, agnatos minimè vocabant) Hoc non sic accipiendum est, quasi agnati hoc casu in totum fuerint exclusi, quod demum à Justiniano constitutum, ut ipse postea commemorat: sed non admissi soli & in solidum ut jure antiquo. Liquet enim ex constitutione, ut ea integra extat in Codice Theod. *l. 4. de legit. hær.* agnatos non penitus excludi, neque priore illo casu, cum avo aut proavo mortuo soli reperiuntur ex liberis nepotes aut pronepotes ex sexu muliebri descendentes, neque hoc posteriore, cùm mortua avia aut proavia soli reperiuntur liberi secundi aut inferioris gradus: sed agnatos cum his nepotibus & deinceps admitti in quadrantem hæreditatis. Hoc enim est, qùod in d. constitutione legimus, agnatos in casibus propositis in quamdam Falcidiam, nepotes in dodrantem succedere. Cæterum hæc pars d. constitutioni detracta est à Triboniano inserente eam Codici Justinianeo, *l. 9. C. de suis & leg.* propter *l. ult. C. eod.* qua quarta illa ademta agnati in totum repelluntur, ut postea iterum dicetur.

Et quemadmodum lex duodecim tabularum. &c. ita principalis dispositio, &c.) Dicendum erat, quemadmodum lex 12. tabularum filio mortuo nepotes & pronepotes vocat ad hæreditatem avi aut proavi paterni, & vocat in locum patris sui aut avi paterni, ut una cum superstitibus defuncti filiis aut filiabus succedant; ita ex dispositione principali, mortua filia, nepotes & pronepotes, ex ea vocari ad successionem avi vel proavi materni, & vocari in locum matris suæ aut aviæ maternæ, ut simul succedant cum defuncti liberis superstitibus, sive suis hæredibus, quod solos decemviri, sive emancipatis, quos præterea admittit prætor: & quemadmodum Senatusconsultum Orficianum filios tantùm & filias vocat ad successionem matris, ita dispositionem Principum vocare etiam nepotes & pronepotes ad successionem aviæ aut proaviæ sive paternæ sive maternæ, & simul etiam cum liberis primi gradus: sed & in hoc & in superiore concursu detractationem tertiæ partis, quàm diximus, pati.

4 *Cùm adhuc dubitatio maneret inter agnatos, &c.*) Sequitur juris antiqui altera derogatio & augmentum juris, quod descendentibus ex sexu muliebri accessit constitutione Justiniani *l. ult. C. de suis & legit. lib.* Ait, *cùm adhuc dubitatio, &c.* non quod jus dubium fuit: quippe cautum expresè *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* sed hoc vult dicere, cùm adhuc agnati ex ejusdem constitutionis auctoritate (sic legendum, non *cujusdam*) quæ est *d. l. 4.* nepotibus ex fœminis solis existentibus (nam cùm concurrebant cum liberis, qui etiam jure vocabantur, agnatis nullum jus erat) quartam hæreditatis partem sibi vindicare poterant, se hoc jus in totum constitutione sua abrogasse, quæ est *d. l. ult. C. de suis & legit. lib.* atque ob eam causam noluisse constitutionem prædicta suo Codici inseri, id est, noluisse inseri integram: nam utique detracta illa clausula, qua agnati in quadrantem vocabantur, inserta est. Confert

fert *d. l. 4. C. Theod. de legit. hær.* cum *l. 9. C. Justin. de suis & legit. lib.* Quartam igitur agnatorum tantùm sustulit; deductionem tertiæ reliquit.

Ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores) Rectius dixisset, ne qui ex transversa linea veniunt, una cum iis, qui recta ex nobis descendunt, ad successionem admittantur, vel in partem aliquam dumtaxat. Quamquam in eo nihil absurdi est, si collateralium aliqui ob jus agnationis præferantur in successione iis descendentibus, qui non sunt de familia defuncti.

Non in capita, sed in stirpes) Postquam nepotibus ex filia & pronepotibus natis ex nepte nepoteve ex filia hoc jus datum est, ut in locum veniant parentum, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu: non est sine ratione, ut eodem modo hæreditatem dividant, sive soli sint, sed plures ex diversa stirpe ad hæreditatem avi vel proavi materni vocentur, sive cum filiis aliisve descendentibus ex virili sexu concurrant, cum deminutione tertiæ partis.

Ut utraque progenies matris vel patris, &c.) Non tantùm igitur cùm de successione masculi agitur, avi aut proavi materni, nepotes & pronepotes etiam soli existentes agnatos excludent, quamvis hactenus nihil amplius dictum; sed etiam cùm fœmina mortua proponitur, avia vel proavia sive paternæ sive maternæ, & in hac item successione nepotes aut pronepotes eodem modo hæreditatem divident, salvo liberis primi gradus, si cum his concurrant, jure deducendæ tertiæ partis.

Sine ulla deminutione) Hæc ita scripta sunt, 5 ut non sine causa existimare quis possit, etiam liberis primi gradus & nepotibus ex sexu virili denegari tertiæ deductionem, quod etiam Cantiuncula & Mynsing. pro certo tradunt. Cæterum nihil minus cogitasse Justinianum, patet tum ex sæpè memorata constitutione Principum, quàm ita in Codicem suum retulit, ut nihil amplius ei detraxerit, quàm particulam, qua in quadrantem vocantur agnati cum posteris ex sexu fœmineo, non concurrentibus cum illis liberis, qui etiam jure veteri veniunt, relicta illa parte, qua istis tertiæ deductio tribuitur, intacta: tum ex ipsius constitutione Justiniani, ac quam hìc se refert, scilicet, *l. ult. C. de suis & legit. lib.* quæ quidem correctoria illius Principum, sed quartam dumtaxat tollit agnatorum. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio est, *Nov. 118. cap. 1.* de quo accuratius *inf. post. tit. 5.*

TITULUS SECUNDUS.

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Dig. Lib. 38. Tit. 16. C. Lib. 6. Tit. 58.

Continuatio, & argumentum tituli.

HUcusque de primo ordine succedentium ab intestato, in quo sunt descendentes sive liberi, ex lege duodecim tabularum soli sui hæredes, §. 1. *tit. præc.* ex jure prætorio etiam emancipati. §. 9. *eod.* ex constitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex sexu fœmineo, de quibus in §. *ult. eod.* Sequitur ordo secundus, qui agnatorum fuit: insistit enim Imperator vestigiis legis duodecim, qua nemo ex adscendentibus ad hæreditatem vocatur: non pater ad hæreditatem filii; quia si filius in potestate fuerat, nec habere poterat hæredem, cùm patri omnia acquiretur, & bona castrensia, quæ postea filio concessa, eo intestato mortuo occupabat pater jure peculii, *l. 2. de castr. pecul.* sin emancipatus, pater huic & ille patri ratione familiæ extraneus erat. Sed nec prætor patrem qua patrem vocabat ante ordinem cognatorum, *l. 10. de suis & legit.* Ajo, qua patrem: nam jure patroni vocabatur etiam ad hæreditatem legitimam, *d. l. 10.* Non mater, quia & ipsa filio eadem ratione extranea; & ideo à Prætore quoque inter cognatos demum admissa fuit. De Senatusconf. Tertylliano videbimus *tit. seq.* Hoc titulo primum descriptionem habemus agnatorum tum naturalium tum adoptivorum: mox docetur qui ex his, & quomodo succedant, & tum matres, tum fœminæ: hinc quo ordine vocentur: & postremo qua ratione parens vocetur ad legitimam hæreditatem filii emancipati.

TEXTUS.

Secundus ordo hæredum legitimorum.

Si nemo suus hæres, vel eorum, quos inter suos hæ-

hæredes prætor vel constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hæreditas.

NOTÆ.

Quos prætor vel constitutiones) Scil. liberos emancipatos, & nepotes ex sexu fœmineo, quorum illos prætor, hos constitutiones vocant, §. 9. *& ult. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

E*Xistat*) Nec speretur fore, ut existat. Nam quamdiu vel spes est futurum, ut suus hæres defuncto existat, tamdiu agnatis locus non est, puta si defuncti uxor prægnans sit, quæ suum hæredem paritura speratur: aut defuncti illius apud hostes sit; qui de captivitate reverti potest, *l. pen.* §. 1. *unde legit. fac. l. 2. in pr. de suis & legit.* Ulp. *tit.* 16. §. 2.

Tunc ex lege duodecim tab. ad agnatum proximum) Dictum hoc paulo crassius. Nam lex 12. tabularum ex liberis eos solos ad hæreditatem vocat, qui sunt verè sui hæredes, hoc est, liberos defuncti legitimos, qui tempore mortis in potestate ejus erant, & proximum ab eo gradum in familia obtinebant: atque his non extantibus, statim loco proximo agnatos: sed postquam & alii tum à prætore, tum constitutionibus admissi sunt, & præpositi agnatis, lex duodecim, non nisi istis quoque deficientibus vim suam exercuit, agnatisque detulit hæreditatem.

Ad agnatum proximum) In primo ordine sufficit, verbi causa, suum esse, nec gradus quæritur, verbi causa, suum esse non sufficit: sed proximitatis sive graduum ratio habetur ex verbis legis duodecim, §. 5. *inf. hoc tit. l.* 2. §. 4. *de suis & legit.* in duodecim; *agnatus proximus familiam habeto.*

TEXTUS.

De agnatis naturalibus

1. *Sunt autem agnati, (ut primo quoque libro tradidimus,) cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres agnati sibi sunt: qui & consanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eamdem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi adgnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. Ii etiam, qui post mortem patris nascuntur: jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hæreditatem: sed iis, qui tunc proximiore gradu sunt, cùm certum esse cœperit, aliquem intestatum decessisse.*

NOTÆ.

1. *Libro primo*) *Sup. tit. de legit. agn. tut. in pr.*

Per virilis sexus person. conjuncti) Supple, *nec capite minuti*, §. *ult. sup. d. tit.* & generali quidem nomine agnatorum continentur etiam sui, *l. ult.* §. 3. *de grad. & affin. l. 2. de suis & legit.* In specie autem iis attribuitur, qui ex latere per virilem sexum conjuncti: & specialissimè iis, qui sequuntur consanguineos, id est, fratres ὁμοπάτριους, *l. 2. pr. de suis & leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Modestini locus in* l. 5. unde legit. *expositus.*
2 *Quot modis nomen agnatorum usurpetur?*
3 *Qui nostris consanguinei: & unde sic appellentur?*
4 *Prærogativa consanguinitatis sublata.*

C*Ognati per virilis sexus personas*) Eodem modo describit agnatos *lib.* 1. *tit. de leg. agn. tut. & JC. l. ultim.* §. 2. *de grad. & affin.* nempe inter cognatos & agnatos hoc interest, quod inter genus & speciem, ut ait Paul. *d. l. ult.* §. 4. *de grad. & affin.* genus cognati, agnati species cognatorum. Cæterum nomen cognationis non tantùm generale est, sed etiam speciale & proprium eorum, qui vel per fœminei sexus personas conjungitur, *d. l. ult.* §. 2. vel capitis deminutione jure agnationis amiserunt: quippe ad quos speciali & proprio designandos discernendosque ab agnatis necesse fuit, nomen generale atque utriusque commune coarctare & quasi proprium facere ejus speciei, quæ aliud nomen proprium non invenit: quod in aliis quoque nominibus sæpe usuvenit, ut notavimus *sup. de adop.* §. 1. eaque significatio frequentissima & in hoc argumento fere perpetua est. Alio autem sensu dixit Modestinus, in agnatis & cognatos contineri, in cognatis non utique & agnatos, *l. 5. unde legit.* nimirum considerans essentiam generis & speciei. Generis enim essentia tota inest in singulis speciebus: tota verò speciei essentia non est in genere; siquidem, ut Porphyrius. *c.* 4. scribit, διαφορά ἐστι, ἢ περιέχει τὸ εἶδος, τῦ γένος, & ibid. Γένος δυνάμει μὲν πάσας ἔχει τὰς τῶν ἐφ' αὐτὸ διαφορὰς, ἐνεργείᾳ δὲ οὐδεμίας. Agnatorum quoque nomen modo generalius, modo specialius usurpatur. Generali significatione continentur etiam sui, *d. l. ultim.* §. 3. *de grad. & affin.* unde filius dicitur patri esse agnatus proximus, *l. 12. de suis & legit.* Specialiter verò agnati appellantur, qui ex latere sunt per virilem sexum conjuncti, ut in

in præsenti tit. Sed & ex his quidam nacti sunt nomen speciale, vocatique consanguinei, ut fratres & sorores eodem patre geniti: unde altera vocis restrictio, agnatique specialissimè appellati, qui fratres sequuntur, *l. 2. in pr. & §. 1. de suis & legit. l. 4. unde cogn. l. 6. §. 1. ad Tertyll.* Quam distinctionem media peperit jurisprudentia. VINN. Addenda & illa significatio, qua *agnati* distinguuntur à *gentibus*, quos post agnatos tertio loco admittebant XII. tabulæ. Unde *apud Pariat. LL. Mos. & Rom. tit. 16. §. 4.* Succedebat ergo primo domus, dein familia, postremo gens. *Agnatis* ergo sunt, quotquot ex eadem familia: *gentiles*, qui ex eadem gente sunt, vel, ut Cicero *in Top. cap. 6.* definit, *qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti.* Sic e. g. gentis Domitiæ duæ erant familiæ, Calvinorum & Ahenobarborum. Omnes Calvini, itemque omnes Ahenobarbi inter se erant agnati, omnes Domitii, ex utraque familia gentiles, modo essent ingenui, nec capitis deminutionem passi. Unde *gentiles* erant ejusdem *nominis*, ut est apud Festum in voce *Gentilis*; *agnati* ejusdem cognominis. Sed gentilitatis jura jam Ulpiani temporibus, non amplius in usu erant. *Pariat. LL. Mos. & Rom. ibid.* HEIN.

3 *Qui & consanguinei vocantur*) Fratres ὁμοπάτριοι, id est, ex eodem patre nati consanguinei, nostris dicuntur. Cajus *lib. 2. tit. 8. §. 3. l. 3. C. de legit. tut. l. 1. l. 6. C. de legit. hær.* Hinc Virgilius *6. Æneid.* soporem appellat *lethi consanguineum*, quem Homerus *ξ. Iliad* Κασίγνητον θανάτοιο. Græci ὁμαίμους vocant, teste Theophilo. Dicuntur & σύναιμοι, Sophocles *in Ajac.* τὸν τοῦ μανέντος ξυναίμον ἀποκαλοῦντες, *fratrem furiosi vocantes.* Ita consanguineum interpretaberis, *l. 1. §. post suos 9. l. 2. in pr. de suis & legit. l. 1. §. pen. l. 6. §. 1. l. 7. ad Tertyll. l. 1. C. ad Orfic. l. 3. C. de legit. hær.* Cassius consanguineos definit, qui sanguine inter se connexi sunt, *d. l. 1. §. pen. de suis & leg.* quæ definitio nimis lata videtur: nam & cæteri agnati atque adeo cognati omnes sanguine inter se conjuncti sunt. Quin etiam per jus sanguinis sola naturalis cognatio sæpe significatur: ut in *l. 2. unde cogn. l. 12. de manum. vind. l. 23. de adopt. l. 8. de reg. jur.* Necesse igitur est, propria quadam ratione fratres eodem patre progenitos isto nomine, alioqui communi, appellatos esse; fortassis quia hi eumdem sanguinis actorem immediatè habent, & quod sanguinis origo magis ex parte æstimanda sit, quàm ex matre: quippe cùm etiam Peripatetici, si Galeno & recentioribus quibusdam credimus, totum hoc ex patre æstimaverint. Jura igitur consanguinitatis à patre, ut ait Jurisconsultus *l. 4. unde cogn.* oriuntur: qua de causa etiam non refert, eodem patre nati communem matrem habeant, an diversas, *l. 1. C. de legit. hær.* Hodie verò fratres jure solius consanguinitatis prærogativam non habent, sed qui ex utroque parente conjuncti sunt, præferuntur iis, qui conjuncti sunt ex uno dumtaxat, nec qui ex eodem solùm patre conjunguntur plus juris habent, quàm qui eadem tantùm matre nati, *Nov. 118. cap. 3. auth. itaque C. comm. de success.* ubi consanguinei appellantur in specie, qui tantùm eumdem patrem habent: opponuntur enim tam fratribus germanis, quàm uterinis. Canonistæ verbo consanguinitatis usi sunt ad significandam omnis generis cognationem; *x. de consang. & affin.* 4

Fratres patrueles, qui etiam consobrini) Agnatorum numero sunt & duorum fratrum illi, qui fratres patrueles appellantur, & καταχρηστικῶς consobrini: propriè enim, ut quidam putant, consobrini sunt duarum sororum liberi, ita dicti quasi consororini, vid. *infr. tit. 6. §. 4.* ubi hoc fusius explicabitur. Sed & deinceps cæteri virili sexu ab eodem orti in infinitum invicem agnati sunt, *l. 2. §. 1. de suis & legit.* Quemadmodum autem gradus numerentur, docebit nos idem *tit. 6. inf.*

Qui post mortem patris) Etiam qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis & agnationis habent, *l. ult. unde legit. l. 1. §. pen. de suis & legit.* Cæterum quod ad jus succedendi attinet, necesse est, ut moriente eo, de cujus successione quæritur, in rerum natura fuerint, aut saltem vivo eo concepti, *l. 6. cum 2. seq. de suis & legit.* vid. *sup. tit. 1. §. 8.*

Qui proximiore gradu sunt, &c.) Legitima hæreditas tantùm proximo defertur, *l. 2. §. 4. de suis & legit.* & diserta sunt verba ipsa legis 12. tabb. *Agnatus proximus familiam habeto.* Æstimatur autem proximus eo tempore delatæ hæreditatis: quapropter si nullum factum est testamentum, proximus intelligitur, qui tunc fuit, cùm paterfam. moreretur, si factum est testamentum, qui tunc, cùm certum esse cœpit, ex eo testamento hæredem existere non posse. Sed hæc iterum & fusius §. 5. & *seq.*

TEXTUS.

De adoptivis.

2. *Per adoptionem quoque agnationis jus consistit; veluti inter filios naturales & eos, quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin iis impro-* prie

priè consanguinei appellantur. Item si quis ex cæteris agnatis suis, vel frater aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, agnatus inter tuos esse non dubitatur.

COMMENTARIUS.

AGnatorum nomen civile est, *l. ultim.* §. 4. *de grad. & affin.* ubi & suorum hæredum. Proinde quemadmodum nihil interest, quoad jus suitatis, utrum naturales sint, liberi, an adoptivi; §. 2. *præc. tit.* ita quoque quod ad jus agnationis attinet, nihil refert, utrum nativitate conjuncti sint, an adoptione. Nam & qui adoptatur, iisdem sit agnatus, quibus pater ipsius agnatus fuit, legitimamque eorum hæreditatem consequitur, vel ipsi illius, *l.* 1. §. 3. *de suis & legit. l.* 23. *de adopt.* Ulp. *in collat.* Rufin. *tit.* 16. *Consanguineos & adoptio facit & adrogatio.*

Impropriè consanguinei) Rectè: nam ex definitione Casſii consanguinei propriè sunt, qui sanguine inter se sunt connexi, *l.* 1. §. *pen. de suis & legit.* hoc est, ut nos interpretati sumus, qui eumdem patrem sanguinis auctorem habent: adoptivi verò, etsi communem cum liberis naturalibus patrem habeant, sanguinis tamen paterni nexu cum istis copulati non sunt. Male autem ad hoc probandum adducitur ab Hotomanno & Pacio *d. l.* 23. *de adopt.* quo in loco manifestum est, jus sanguinis accipi non pro consanguinitate, sed pro mera cognatione naturali. Cæterum etsi adoptati propriè consanguinei non sunt, jus tamen consanguinitatis & propter hoc legitimæ successionis, cum aliis, qui sunt in familia, habent, *l.* 1. §. *ult. de suis & leg. l.* 44. *de adop.* atque hujus effectus intuitu etiam fratres adoptivi consanguinei vocantur, *l.* 2. §. *sed & si* 19. *l.* 7. *ad Tertyll.* Post constitutionem Justiniani *l. pen. C. de adopt.* soli ex adoptivis jus consanguinitatis & agnationis in familia adoptiva nanciscuntur, qui adoptati sunt à persona non extranea.

Agnatus inter tuos esse non dubitatur) Hotomannus *agnatos* legit in casu accusandi; quod parum refert. In vulgatis codicibus est *inter suos hæredes*: sed illa lectio manifestè vitiosa est, & vox *hæredes* omnino delenda; quam etiam ab antiquis omnibus codicibus abesse testatur Hotomannus. Cum eodem pro *suos* reposui *tuos*, quia contextus id flagitat.

TEXTUS.

De masculis & fœminis.

3. *Cæterum inter masculos quidem agnationis jure hæreditas, etiamsi longissimo gradu sint, ultro citroque capitur: quod ad fœminas verò attinet, ita placebat, ut ipse consanguinitatis jure tantùm capiant hæreditatem, si sorores sint; ulterius non capiant. Masculi autem ad earum hæreditates (etiamsi longissimo gradu sint) admittantur. Qua de causa fratris tui, aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hæreditas ad te pertinebat: tua verò ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerumque hæreditates ad masculos confluerent. Sed quia sanè iniquum erat, in universum eas quasi extraneas repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur; si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes agnatos, sive masculos sive fœminas cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, quæ erat quidem lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, præfatam differentiam inducebat; & penitus eas à successione agnatorum repellebat, omnia alia successione incognita: donec prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt: & cognationis linea proximitatis nomine introducta; per bonorum possessionem eos adjuvabant, & pollicebantur his bonorum successionem, quæ unde cognati appellatur. Nos verò legem duodecim tabularum sequentes, & ejus vestigia hac in parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis; non tamen eos in plenum huic causæ mederi invenimus. Quare etenim, uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in masculis quàm in fœminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum: ex agnatis autem mulieribus nulli penitus nisi soli sorori ad agnatorum successionem patebat aditus. Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eamdem dispositionem exæquantes, nostra constitutione sancimus: omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes (sive masculini generis sive fœminini sint) simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundùm sui gradus prærogationem, nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.*

NOTÆ.

3. *Simplicitatem legibus amicam*) *sup.* §. 7. *de fideic. hær.* dicit, sibi in legibus magis simplici-

ta-

tatem, quàm difficultatem placere.

Sive quod deerat implentes) Theop. διορθοῦντες, ἢ καὶ τὸ ἐλλεῖπον ἀναπληροῦντες, *aut potius quod deerat implentes*. Quod prætori familiare. *l. 7. de just. & jure.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando consanguinitas ab agnatione distingui, & quam ob causam cœpta?*
2. *Fœminæ agnatæ non consanguineæ quo ordine vocentur à prætore?*
3. *Quid per mediam jurisprudentiam intelligat Justinianus? Ubi quædam non vulgaria.*
4. *Veteris Jurisprudentiæ contra accusationem Justiniani defensio.*

Locus verbosus. Narratur mutatio juris facta circa legitimam successionem fœminarum agnatorum, & revocatur jus vetustius. Lege duodecim tabb. fœminæ agnatæ ac juxta masculi, cujuscumque gradus essent, ad legitimam agnatorum hæreditatem vocabantur, quod jus, cùm mediæ ætatis consultorum interpretatione coangustatum esset, restrictumque ad consanguineas, id est, sorores ὁμοπατρίους, exclusis remotioribus, quæ tantùm à prætore postea admissæ sunt nomine proximitatis in ordine cognatorum, Justinianus hìc restituit. Hæc summa est.

Etiamsi longissimo gradu) Id est, ut plerique interpretati sunt, etiamsi decimo sint gradu, quo terminari putant legitimam agnatorum successionem, rectène, an secus, videbimus infra §. *ult. de succes. cognat.*

1 *Ut ipse consanguinitatis jure*) Hoc est, fraternitatis. Nam ex quo hoc jus introductum est, consanguinitas cœpta est distingui ab agnatione, & consanguinei ab agnatis ulterioribus: & quia post consanguineas mulieribus sexus personæ, licet agnatæ essent, non admittebantur, agnatos definierunt esse virilis sexus personas, *l. 2. §. 1. de suis & legit.* duoque quasi ordines ex uno facti: *l. 1. §. 9. d.l. 2. in pr. d. tit. l. 4. unde cogn.* cùm antea lex 12. tabb. omnes per virilem sexum cognatos uno agnatorum nomine appellasset, & proximis ex his sine ulla sexus aut consanguinitatis discretione detulisset hæreditatem.

Quia commodius videbatur) Prudentibus visum fuit, utilius esse ac rationi magis consentaneum, ut hæreditates ad masculos potius, quàm ad fœminas pervenirent: non tantùm quia masculi reipubl. magis prosunt, dum aut bella gerunt, aut sacra faciunt, aut muneribus publicis funguntur, quam rationem hic affert Theophilus: aut ne mulieres ditescerent, ac propter hoc elatæ æquarent se viris: verum etiam & potissimum, quia familiæ, quæ in fœminis intereunt, per mares conservantur & propagantur. Ac talis etiam scopus decemviris propositus fuit, dum solis agnatis hæreditatem detulerunt, exclusis cognatis omnibus non ejusdem familiæ.

Proximitatis nomine) Quia cognati non alio jure, quàm proximitatis veniunt, & hoc ex edicto prætoris verbum proximitatis factum est proprium jus prætorii, eoque cognati propriè designantur, non agnati, *l. 3. l. 4. unde cognati.* In suis hæredibus nulla omnino servatur gradus prærogativa. In ordine vero agnatorum, etsi proximitas etiam spectatur, dum agnati inter se conferuntur, ea tamen non spectatur, quando conferuntur cum cognatis; quippe quibus omnibus solo jure agnationis præferuntur, etiamsi ipsi longè sint remotiores.

Si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus) Fœminas agnatas secundo gradu remotiores, quæ jure civili in totum à successione ab intestato repellebantur, postquam iis jus agnationis in ea causa ademptum erat disputatione fori, prætor, ne in universum exclusæ manerent, in linea, quam tertiam ipse fecit, admisit, id est, nomine proximitatis vocavit ad bonorum possessionem unde cognati. Et verò nulla causa fuit, cur has minus in eo ordine admitteret, quàm qui tantùm cognati sunt. Ait, *neque agnatus ullus*. Non ait *proximior*, ut mox, cùm de cognato loquitur: quia universus agnatorum ordo cognatis simpliciter præponebatur sine consideratione gradus. Ait, *neque proximior cognatus*. Nam in successione cognatorum, ut quisque proximior est, in alterum excludit; nec prætor quicquam in deferenda hac bonorum possessione considerat præter solam proximitatem. 2

Media jurisprudentia) Cujacius & Hotomannus, quos Pacius & Tuningius sequuntur, existimant, Imperatorem ita loqui, cùm intelligat νομοθεσίας, seu leges, quæ latæ sunt post duodecim tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed à vero longè abest hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam priscis temporibus in desuetudinem abierat, ut apertè testatur Gell. *lib. 20. c. 1.* Jus autem, quod hic media Jurisprudentia introduxisse dicitur, ætate Pauli & Ulpiani adhuc erat in viridi observantia. Paul. *4. sent. 8.* Ulp. *tit. de legit. hær. §. ad fœminas. 6.* Ac diu etiam post obtinuit, adeoque duravit usque ad tempora Justiniani, qui demum post consulatum Lampadii & Orestis id sustulit, *l. pen. C. de legit. hær.* Præterea, ut alibi ostendimus ex Cic. Ascon. Dion. Augustino, lex Voconia sanxerat, ne quis virginem neve mu- 3

mulierem hæredem faceret, ac ne unicam filiam. Quod si ita est, nullo modo referri ad legem Voconiam potest, quod hic adscribitur mediæ Jurisprudentiæ. Nam si Voconius ne filias quidem ad hæreditatem patris admisit, procul dubio magis removit sorores à successione fratrum: & si nec ex testamento fœminas hæredes esse voluit, multo minus ab intestato: quippe plus semper tributum voluntati testatoris, facit §. 12. *sup. tit.* 1. *l. pen.* §. 1. *C. de adopt.* Fefellit haud dubiè Cujacium idem, quod Hotomannum, nimirum locus Pauli 4. *sent.* 8. ubi sic scribit: *Fœminæ ad hæreditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum. Cæterum lex duodecim tabularum nulla discretione sexus agnatos admittit.* Etenim ex hoc loco non magis colligere possis, rogatione Voconia effectum, ne fœminæ ultra consanguineas ad legitimam successionem admitterentur, quàm jure civili, hoc est, disputatione Jurisconsultorum: quæ juris pars, uti constat, communi nomine appellatur jus civile, *l.* 2. §. 5. *de orig. jur.* Disjunctâ enim cùm sit Pauli oratio, non minus hoc, quàm illo posito, veritas ejus constabit. Ac proinde si verbis Justiniani servientes mediam jurisprudentiam cum Theophilo interpretemur, τῆς κατὰ τὴν διαδεχαδέκτην σοφῆς, non magis nobis Paulus adversabitur, quàm alios juvabit, qui Voconium plebiscitum intelligunt: videturque tantùm Jurisconsultus usus esse hac distinctione, ut sibi caveret, cùm id quod de legitima consanguinearum successione, & reliquarum agnatarum exclusione scribebat, alterutro quidem jure effectum sciret, utro autem effectum esset, in præsentia non occurreret, nec vacaret inquirere. Nos verò sine cunctatione juri civili adscribemus, quod tribunitiæ rogationi nullo modo tribui posse clarè ostendimus; idque ex ipsius etiam sententia Pauli. Quippe cùm in omnibus disjunctionibus à differente significetur, unum saltem verum esse. Et omnino sic sentio, jam diu antequam Voconius legem rogaret, quod factum esse inter secundum & tertium bellum Punicum, testatur Augustinus 3. *de civ. Dei. c.* 21. prudentum auctoritate atque interpretatione legitimas fœminarum successiones coërcitas fuisse intra gradum consanguinearum. Postea autem lege Voconia fœminas omnes penitus remotas fuisse & ab omni successione. Cæterum cùm ea lex, ut nimis rigida, paulatim iterum in desuetudinem abiisset, revocatum denuo fuisse jus pristinum, non quod duodecim tabulæ, sed quod prudentum introduxerat interpretatio. Quæ interpretatio mediæ nomine jurisprudentiæ hic significatur. VINN. Verissimum est, hoc jus esse ex jure civili, id est, ex interpretatione prudentum. Sed nec minus verum, illud inventum esse ex rationibus Voconianis, quibus & eversa ac abolita lege Voconia locus esse potuit. Conf. omnino quæ eruditè ad Paull. *recept. sent. lib.* 4. *tit.* 8. disseruit V. C. Anton. Schultingius. Inde autem non sequitur jus civile hic sit idem ac *jurisprudentia media.* Nimirum uti omnem jurisprudentiam, quæ prætoris edictum antecessit, vocarunt *veterem*: ita *media* est, quæ per edictum perpetuum invecta; *nova*, quæ per constitutiones novorum principum. Ita rem ego concipio: nec multo aliter V. C. Jac. Perizon. *de l. Vocon. p.* 198. HEIN.

Imperiali dispositione anterior) D. Wesembecius putat, mediam jurisprudentiam viguisse usque ad occupatam à Cæsaribus remp. Sed malo cum Bachovio eam porrigere usque ad tempora translati in Orientem imperii: tunc enim primum pleraque mutata sunt cum forma reipub. & vetera instituta exolescere cœperunt. Priores verò Principes majorum institutis constanter inhæserunt, nec nisi parcissimè legibus stante adhuc Repub. latis, aut veterum consuetudini derogarunt. Quin etiam major dignitas jure civili, hoc est, disputationi fori, accessit, ex quo Augustus constituit, ut consulti ex Principis auctoritate de jure responsitarent, legesque interpretarentur, *l.* 2. *circa fin de orig. jur.* Quamobrem quod Justinianus hic ait de imperiali dispositione; id ad Imperatores refero Constantinopolitanos.

Laudamus prætores suæ humanitatis) Ἐλλωνιστικῶς, more Græcorum: intelligitur enim *ergo* vel *causa.* Theophilus in paraphrasi reddidit, ἐπαινεῖ μὲν τῆς φιλανθρωπίας τοὺς πραίτωρας. Laudat quidem prætores propter humanitatem. Græcis hæc locutio familiaris est. Luc. 16. 8. ἐπῄνεσεν ὁ κύριος τὸν οἰκονόμον τῆς ἀδικίας. Eadem reticentia est apud nostros, cum ajunt, *noxæ debere*, *satis legatorum desiderare*, *l.* 3. §. 2. *ut in poss. leg. satis dotis fieri*, *l.* 22. §. *si patri.* 4. *sol. matrimon.* id est, nomine noxæ, nomine legatorum, dotis. Cic. 5. *in Verr. aliquid lucri vel accessionis dare*, i. e. nomine, vice accessionis. Cels. *lib.* 1. *laudatur Hippocrates artis & facundiæ.*

Quare etenim, &c.) Tota vetus jurisprudentia responderet, æquissimum esse, ut plus maribus tribuatur, quàm fœminis propter onera, quæ domi militiæque soli mares sustinent, dum operantur, bella gerunt, munia omnia reip. obeunt. In benè constitutis civitatibus præcipuam

4

puam semper familiarum & gentium rationem habitam fuisse, quarum dignitas cùm sine opibus & pecunia retineri non possit, optimos quosque legislatores in id operam dedisse, ut ad masculos fere hæreditates confluerent, ut solos generis ac nominis conservatores propagatoresque. Sext. Cæcilius Jurisconsultus etiam legem Voconiam revocandam censeret. Diceret, nihil sibi ea lege videri utilius: quippe qua impotenti sexui præclusa sit via omnis perveniendi ad divitias; ne ditatus insolenter sese efferat, & insultet ipsis viris. Ideoque merito Marcum Catonem, illum familiæ Porciæ Principem & cognomento Sapientem, se illius legis jactare suasorem, &c. Sed noster legislator more suo pro muliebri sexu, cui impensè semper favet, declamitat, *l. pen. C. de legit. hær. l. 4. C. de lib. prat.*

Nostra constitutione) Extat in *d. l. pen. C. de legit. hær.* ubi similiter, ut hoc loco, lege duodecim tabularum prolixè commendat, ut quæ bene humano generi prospexerit. Cæterum ubi visum est eam iterum incusat, veluti in *pr. seq. tit.* ubi eam hoc nomine reprehendit, quod nimis angustis terminis jure successionis concluserit. Tandem longissimè ab ea recessit, sublata omni agnatorum prærogativa. *Nov.* 118.

Secundùm sui gradus prærogativam) Ita ut ex constitutione Justiniani fœminæ omnes agnatæ gradu proximiores agnatis masculis remotioribus præferantur. In quo plenius ipsis consuluit, quàm prætor, qui agnatas remotiores consanguineis ne in ordine quidem agnatorum admisit, sed demum post omnes agnatos vocavit, ordine tertio inter cognatos & post cognatos proximiores. Ut autem hic utrumque in suo ordine exæquavit Justinianus; ita *d. Nov.* 118. jura agnationis & cognationis.

TEXTUS.

De filiis sororum.

4. *Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam (successionem; ut non solùm fratris filius & filia, secundùm quod jam definivimus) ad successionem patrui sui vocentur; sed etiam germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui perveniat; & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tamquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt. His enim personalis præcedentibus & successionem admittentibus, cæteri gradus remanent penitus remoti, videlicet hæreditate non in stirpes, sed in capita dividenda.*

NOTÆ.

4. *Vel uterinæ filius*) Ipsi fratres & sorores uterini jam ante editam *d. l. pen.* translati fuere in ordinem legitimorum, *l. ult. Cod. ad SC. Tertyll.* quod repetitum postea *l. ult. §. 2. C. de leg. hæred.*

Sed in capita) Ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium reliquit, alter duos: hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, *l. 2. §. 2. de suis & leg.* Ulp. *tit.* 26. §. 3. Nec id abolitum *d. Nov.* 118. *c.* 3. §. 1. Utique in Oriente observatum constat. Harm. *lib.* 5. *tit.* 8. §. 21.

COMMENTARIUS.

1 *Fratres germani.*
2 *Fratres uterini, eorumque & ex iis natorum in ordinem legitimorum translatio, novissimique juris crebra inculcatio.*

IN calce superioris tit. descendentes ex fœminis transtulit in ordinem suorum: proximè precedenti §. fœminis agnatis ultra secundum gradum jura successionis legitimæ restituit. Hic etiam cognatos aliquos ex tertio ordine accersitos transponit in ordinem agnatorum, sororum scilicet filios & filias, itemque avunculos defuncti; quo pariter cum agnatis ejusdem gradus vult succedere. Non quiescet, donec discrimen omne sexus, agnationis, cognationisque confuderit.

Addendum nostræ constitutioni) Duo sunt constitutionis supradictæ, & scilicet *l. pen. C. de leg. hær.* capita: quorum in priore fœminis agnatis, quocumque gradu sint, jus legitimæ successionis datur, in altero sororum filiis & avunculis defuncti.

Unus tantummodo gradus) Tertius scil. In ulterioribus enim cognationis gradibus adhuc retinet ordinem antiquum, ut post agnatos demum cognati tertio gradu remotiores veniant. Cæterum *Nov.* 118. cognatis omnibus æqualia jura cum agnatis concessi.

Germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius) Ἀδελφῆς ὁμοπατρίας ἤγουν ὁμομητρίου υἱός, sororis consanguineæ, vel uterinæ filius. Theoph. sic in extremo §. præcedentis germanam appellat etiam, quæ ex eodem tantùm patre nata est. Vulgo tamen creditur, fratres germanos proprie dici, qui eumdem utrumque parentem habent. Terent. *in Andr. act.* 1. *scen.* 6. 1

v.

v. 57. *Si te in germani fratris dilexi loco.* Idem *in Adelph. act.* 2. *scen.* 4. *v.* 5. *O mi Æschine, ô mi germane.* Magis id probat locus Ciceronis *pro Milon. cap.* 27. *Clodius cum sorore germana nefarium stuprum fecit.* Ubi *germana* expressum videtur ad augendam gravitatem dilecti; cùm grandius nefas admittat, qui sorori ex utroque parente conjunctæ stuprum infert, quàm qui consanguineæ tantùm aut uterinæ. Nomen à germine deductum Festus scribit; *Germen,* inquit, *est, quod ex arborum surculis nascitur; unde & germani, quasi eadem stirpe geniti.* Græcis dicuntur ἀυτάδελφοι αυτοκασίγνητοι. Podarces αὐτοκασίγνητος Protesilai. *Iliad.* 13.

2 *Vel sororis uterinæ*) Fratres & sorores uterini qui dicantur satis notum est, nimirum qui geniti diverso patre prodierunt ex eodem utero, sive qui eamdem habuerunt matrem dumtaxat, ὁμομήτριοι, seu ὁμογάστριοι. Sic autem hìc loqitur Imperator, quasi ipsa soror uterina sit in numero legitimorum. Estne igitur? Jure antiquo sanè non fuit, cùm non sit agnata: & constat, eo jure filium fratris præmortui sororem defuncti uterinam exclusisse agnatosque adeo omnes, quantumvis gradu remotissimos, ordine tamen potiores fuisse solis cognatis. Sed sciendum est, ab ipso Justiniano jam ante editam *l. pen. C. de leg. hær.* fratres & sorores uterinos translatos fuisse in ordinem legitimorum, *l. ult. C. ad sen. Tertyll.* quod repetitum postea *l. ult.* §. 2. *C. de leg. hær.*

Soli, & non deinceps) Solos nunc filios & filias sorori, qui in tertio cognationis gradu sunt, cum agnatis ejusdem gradus ad legitimam successionem vocat, non ulteriores cognatos. *Nov.* 118. omnes pari jure, ut jam dictum est.

Avunculus autem sororis suæ soboli) Finge igitur, esse defuncto, de cujus hæreditate igitur, filium fatris, esse & filium sororis, præterea patruum & avunculum, hìc cognati, filius sc. sororis & avunculus defuncti, una cum agnatis, fratris filio & defuncti patruo, ad hæreditatem jure legitimo venient. In *d. Nov.* 118. fratrum & sororum filii patrius & avunculis defuncti etiam præferuntur.

Frater & soror superstites non sunt) Hoc quoque mutatum jure novissimo, unaque cum fratribus & sororibus defuncti admissi germanorum fratrum & sororum filii & filiæ jure repræsentationis, ut in stirpes veniant, *d. Nov.* 118. *c.* 3. *Nov.* 127. *c.* 1. Eodem jure non solùm fratres germani, sed etiam eorum demortuorum filii præferantur fratribus defuncto conjunctis ex uno latere tantùm.

Successionem admittentibus) Repudiantibus enim vel deficientibus primi succedunt & admittuntur proximi graduum sequentium. De quo sub §. *pen. inf. eod.*

Non in stirpes sed in capita) Ut hæreditas in tot partes distribuatur, quot sunt hæredes; ut puta, duos fratres habui, quorum unus unum filium, alter duos reliquit, hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, *l.* 2. §. 2. *de suis & legit.* Ulp. *tit.* 26. §. 3. Ratio cur in capita fiat divisio, hæc est, quod omnes, ut pari gradu sunt, ita suo quoque jure atque ex sua persona veniant, non jure repræsentationis aut successionis in locum parentum: cùm alioqui simul cum suis patruis & avunculis admitti deberent, ut nepotes admittuntur ad hæreditatem avi una cum filiis, & quemadmodum eos jure Novellarum admitti, & tunc in stirpes succedere jam diximus. An autem eodem jure fratrum filii, etiam cùm soli sunt, in stirpes succedere debeant, quod Jonnes voluit, an verò in capita, ut olim, quod Azoni placuit, videbimus *inf. sub. tit.* 5.

TEXTUS.

De proximis vel remotis.

5. *Si plures sint gradus agnatorum, apertè lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque si (verbi gratia) sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex duodecim tabularum proximum vocet; tamen dubium non est, quin si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & propriè proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen dubium est, quin, licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hæreditas.*

COMMENTARIUS.

Lex duodecim tabb. proximum vocat) Hisce verbis *Agnatus proximus familiam habeto, l. pronuntiatio.* 195. §. 1. *de verb. sign.* Ulp. *tit.* 26. Voluit ergo lex, in ordine agnatorum servari gradus prærogativam, & solos proximos hæreditatem capere; eaque causa est, cur inter agnatos semper in capita, non in stirpes hæreditas dividatur, *l.* 2. §. 2. *de suis & legit.*

Frater potior habetur) Nimirum quia frater secundo gradu est, fratris filius tertio: solùm autem proximum lex vocat. Eadem ratione soror quoque defuncti consanguinea vincit, atque excludit alterius fratris defuncti filios, *l.* 3. *C. de leg. hær.* Cæterum, ut etiam dictum est §. *præced.* Justinianus *Nov.* 118. concessit

fra-

fratrum filiis beneficium repræsentationis.

Si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur) Lex duodecim numero singulari proximum vocat, non quod, si plures sint pari gradu, neminem admitti voluit, quod esset ridiculum; sed quia divinare non potuit, quot quisque agnatos relicturus esset. Quod si ergo plures sint ejusdem gradus, ex mente legis omnes æqualiter admittuntur, *l. 2. §. 2. de suis & legit.* Simili modo cum lex agnato proximo tutelam defert, si plures sint eodem gradu agnati, pariter omnibus deferre intelligitur, *l. 8. l. 9. de legit. tut. §. ult. sup. de cap. dem.*

Propriè proximus ex pluribus gradibus) Proximus enim dicitur relativè ad differentiam remotiorum, eumque significat propriè, qui inter plures diversorum graduum proximos est, *l. 1. §. 5. unde cogn.* Sed docet hic Imperator, verbum hoc captandum non esse; atque ex sententia legis, etiamsi unus tantùm gradus agnatorum sit, ad eos hæreditatem pertinere: quemadmodum & Ulp. *d. l. 2. §. 4. de suis & legit.* qui sic eo loco scribit; *Legitima hæreditas tantùm proximo defertur. Nec interest, unus solus sit, an ex duobus prior, pluribusve, an duo pluresve ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel soli sint; quia & is proximus est, quem nemo antecedit; & is ultimus, quem nemo sequitur; & interdum idem primus postremusque, qui solus occurrit.* Add. *l. 1. §. 5. unde cogn. l. proximus 92. l. proximi 155. l. in vulgari 162. de verb. sign.*

TEXTUS.

Quo tempore proximitas spectatur.

6. *Proximus autem, siquidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hæreditate quæritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento hæredem extiturum. Tunc enim propriè quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis sæpe accidit, ut proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.*

COMMENTARIUS.

1 *Tempus delatæ ab intestato hæreditatis non semper unum esse & idem.*

1 CUm quæritur, quo tempore spectandum, sive an quis suus sit, sive an proximus agnatus cognatusve, dicendum quidem est, semper spectari tempus delatæ ab intestato hæreditatis. Cæterum hoc tempus non semper unum est & idem. Interest enim, utrum is, de cujus bonis quæritur, nullo testamento facto decesserit, (quod tunc quoque intelligitur, cùm aut non jure fecit, aut, quod fecit, ipso adhuc vivo eversum est,) an facto jure testamento, quod demum post mortem ejus in irritum constituatur. Priore casu proximum eum accipi placet, qui tunc fuit, cùm paterfam. moreretur; quia hic tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis concurrit; posteriore eum, qui tunc est, cùm testamentum deseritur; quia mortuo patrefam. testamento facto, non ante hæreditas ejus ab intestato deferri incipit, quàm certum est, neminem ex eo testamento hæredem exiturum, *l. 2. §. 5. & 6. de suis & legit. l. 1. §. 6. & 7. unde cogn.* Uberius hæc exposuimus sub §. 7. *superioris tit.*

Tunc enim propriè quisque intestatus) D. Contius legit: *Tunc enim etiam propriè*, &c. quomodo Ulp. *l. 1. pr. de suis & legit.* eum etiam, cujus ex testamento hæreditas adita non est, ait, non impropriè intestatum decessisse. Sed Justinianus tantummodo indicare voluit differentiam, quæ sit in proposito inter eum, qui testamentum non fecit, qui protinus intestatus moritur, & eum, qui fecit testamentum, qui ex eo demum tempore, quo testamentum ejus destitutum est, intestatus decessisse intelligatur.

Qui moriente testatore non erat proximus) Sit species hujusmodi. Fecit quis testamentum, cùm haberet patruum & patri filium: deliberante hærede scripto, patruus decessit: mox hæres institutus repudiavit hæreditatem, patrui filius admittetur, *l. 2. §. 5. de suis & legit.* quo loco quod Ulp. ait, interdum ulteriorem agnatum admitti, ulteriorem accipi constat, non qui ulterior sit, quo tempore admittitur, sive tempore destituti testamenti, sed anaphoricè, qui erat ulterior cùm patruelis moreretur.

TEXTUS.

De successorio edicto.

7. *Placebat autem, in genere percipiendarum hæreditatum successionem non esse: id est, ut quamvis proximus, qui secundum ea, quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut spreverit hæreditatem, aut antequam adeat, decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse* cu-

cupientes, nostra constitutione, quàm de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus, successionem in agnatorum hæreditatibus non esse eis denegandam: cùm satis absurdum erat, quod cognatis à prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum, maximè cùm in onere quidem tutelarum & primo gradu deficiente sequens succedit & quod in onere obtinebat, non erat lucro permissum.

COMMENTARIUS.

1 *Olim in legitimis hæreditatibus successionem non fuisse, & quamobrem?*

2 *Quomodo accipiendum, quod dicitur, successionem non esse in suis hæredibus: & num id postea mutatum.*

3 *Cur Imperatori visum, successionem in agnatorum hæreditate admitti?*

1 JUre antiquo in legitimis hæreditatibus non erat locus successioni, hoc est, proximo repudiante vel deficiente ad insequentem agnatorum gradum ex lege hæreditas non transmittebatur. Ulp. *tit.* 26. §. 4. & ideo fratre verbi causa decedente antequam adiret aut repudiaret hæreditatem, fratris filius admitti non poterat. Paul. 4. *sent.* 8. Atque hoc est, quod scribit idem Ulp. *l.* 2. *in pr. de suis & leg. Si sunt consanguinei, licet non adierint hæreditatem, legitimis*, id est, agnatis remotioribus, *non deferri.* Rationem hujus juris suggerit Paul. *d. loc.* quia omnis successio proximiori defertur, hoc est, quia lex 12. tabularum hæreditatem defert agnato proximo & tantùm semel ut unica illa delatione potestate legis consumpta, gradus insequens, cui lex non defert, legitimo jure admitti non possit. Nimirum sic primis deferebatur; ut in horum persona consisteret jus percipiendæ hæreditatis. Quod si illi hæreditatem omisissent, aut non adiissent morte præventi, sequentibus gradibus non deferebatur, sed vocabat hæreditas, eoque redibat ad fiscum ut cætera bona vacantia. Quod jus Imperator hìc abrogat, data legitimis hæredibus successione exemplo cognatorum.

In eo genere) In secundo scilicet ordine hæredum, in quo vocantur agnati. Quemquam nec in suis hæredibus successio est, teste Ulp. *l.* 1. §. *sciendum* 8. *de suis & legit.* ubi scilicet agitur de gradibus ejusdem lineæ, de filio & nepote ex eo, ut postquam filio semel delata est hæreditas, nepoti ut suo hæredi aut agnato non deferatur, *l. ult. C. unde lib.* alioqui constat, nepotes in locum patris sui præmortui succedere, & una cum liberis primi gradus admitti ad hæreditatem avi. Putant autem plerique, etiam *d. l. ult.* correctam esse per hunc §. aut certè per *Nov.* 118. *c.* 1. sed contrarium teste Jasone tenuerunt Ultramontani & DD. Bononienses, quorum sententia mihi videtur ex ratione Juris communis verior.

2 *Nihilo magis legitimo jure sequentes*) Quid si plures sint eodem gradu agnati & quidam ex his omiserint hæreditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint, quominus adirent? Reliquis, qui adierint, illorum portio accrescit, & licet decesserint, antequam accresceret, ad hæredes tamen eorum pertinet, *l.* 9. *de suis & legit.* §. *ult. infr. de sen. Orfic.* Ulp. *tit.* 26. §. 4.

Ex cognatorum ordine eos vocabant) Edicto successorio, *l.* 1. *de success. edict.* Obsevabat autem prætor in eo ordine gradus prærogativam, v. g. Titius intestato decessit relicto fratris filio, itemque filio sororis, & alterius fratris nepote: repudiante hæreditatem fratris filio, nepos alterius fratris ad hæreditatem legitimam non admittitur, sed nec ut cognatus ad bonorum possessionem, quia obstat filius sororis cognatus proximior.

Agnationis jure eis recluso) *Recluso* dixit pro *occluso*; uti & iterum postea, *hoc agnatis esse reclusum*, contra auctorem loquendi consuetudinem, quibus recludere est, quod clausum erat aperire, reserare, Virg. 8. *Æneid. v.* 244. *Infernas reseret sedes & regna recludat.* Horat. *lib.* 3. *carm. od.* 2. *Virtus recludens immeritis mori Cœlum*, &c. Justinianns tamen *lib.* 1. *cap.* 9. de pellicibus regiis loquens dicit singula separatim *recludi* pro *occludi.* In *l. pen. C. de legit. hæred. recluditur* dixit Justinian. pro *excluditur*: cum ait, *Germana ejus ab eadem successione recluditur.*

Constitutione nostra) Constiturionis hujus de jure patronatus meminit etiam *inf. tit.* 7. *in pr.* & multis aliis in locis; sed desideratur. Hac autem constitutione inter alia hoc cautum, ut agnato proximo hæreditatem sibi delatam repudiante, admitterentur ex eodem ordine gradus sequentes exclusis cognatis etiam proximioribus: atque ita auctius factum est jus agnatorum. Hodie verò nullus est hujus beneficii usus, postquam cognati per omnia agnatis exæquati. *Nov. c.* 4.

3 *Quod cognatis à prætore apertum*) Duas rationes affert Imperator, cui in agnatorum hæreditatibus locum esse velit successioni. Prima est, quæ hìc redditur, quia præror eam admisit in ordine cognatorum, *l.* 1. §. *qui semel.* 6. & §. *quibus.* 10. *de success. edict.* & ut verum fatear, mera quædam juris subtililas est, quod proximiore agnato deficiente ulterior admitti

non

non possit. VINN. Ex quo patet, falli Aleandrum & Oiselium, qui ad Caj. *Inst.lib.* 11. *tit.* 8.§.23. scribunt, agnatos remotiores jure civili exclusos vocatos esse edicto prætoris *unde cognati*. Propriorem enim cognatorum eo casu exclusisse remotiorem agnatum certissimum est. Vid. V. C. Ant. Schulting. *Juris prud. vet. p.* 139. HEIN.

Maxime cum in onere tutelarum) Ratio altera & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ quam ad cognatos ideo pertinere ipsa lex. tabb. voluit, quia eosdem vocavit ad hæreditatem, successioni locus est, & proximiore agnato vel mortuo, vel capite minuto, qui post eum est, in administratione succedit, *l.* 3. §. *pen. de leg. tut.* justum & æquum est, ut eodem modo deficiente priore, qui sequitur, emolumento potiatur hæreditatis, juxta *l.* 10. *de reg. jur.*

TEXTUS.

De legitima parentum successione.

8. *Ad legimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex nostra constitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contracta fiducia fieri: quum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manu misisset.*

NOTÆ.

8. *Ex nostra constit.*) *L. ult.C. de emanc. lib.* ubi imaginarias antiquæ emancipationis solemnitates substulit, salvo tamen jure patris manumissoriis, ut scil. nihilominus tanquam patronus an legitimam hæreditatem filii vocetur, *d.* §. 6. *sup. quib. mod. jus pat. pot.* Sed hodie parens manumissor jure patroni in commodo hæreditatis non amplius utitur. *Nov.* 118. *c.* 2.

COMMENTARIUS.

1 *Filiumfam. heredem ab intestato non habuisse usque ad constitutionem Leonis & Anthemii.*
2 *Quo loco ex ea constitutione pater vocetur, & quo ex Nov.* 118.
3 *Quo jure olim pater ut pater successerit filio emancipato?*

TRactatur hìc de legitima successione parentis, non quatenus ut parens consideratur, sed quatenus ut manumissor patronus. 1 Quo ordine pater filio olim successerit, non satis liquet. Illud constat, in filiofam. hujusmodi quæstioni locum esse non potuisse jure illo veteri, quo filius omnia patri acquirebat. Ac licet postea exceptum fuerit peculium castrense, & paulatim etiam quasi castrense, permissumque filiofam. in his bonis hæredem sibi testamento instituere: jus tamen vetus hactenus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona ista pater jure peculii occuparet, *l.* 2. *l.* 9. *de castr. pec.* Hoc igitur casu manebat adhuc eadem conditio bonorum castrensium, quæ reliqui peculii. Atque hucusque filiusfam. hæredem ab intestato habere non potuit: sed habere posse demum cœpit posterioribus temporibus, cùm liberis concessa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, & de veteri illo jure patrio multa detracta sunt. Extat constitutio Leonis 2 & Anthemii *l.* 4. *C. de bon. quæ lib.* qua res liberorum defunctorum primo eorum liberis deferuntur: si nulli sint liberi, fratribus & sororibus: si hi quoque desint, tertio loco parentibus; nec ergo jam amplius tamquam peculium, sed ut hæreditas. Eadem procul dubio ratio succedendi fuit & in bonis castrensibus. Nam si bona adventitia, quorum usumfructum tamen habebat, pater jure peculii occupare non poterat, omnino credibile est nec potuisse castrensia. Quod & ipsum satis apertè testatur Justinianus in *prin. tit. quib. non est perm. fac. test. lib.* 2. cùm ait, si filiifam. qui castrense peculium habent, intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, id ad parentes eorum jure communi pertinere, jure communi, hoc est, jure hæreditario ex posteriorum Principum constitutionibus: nam si jure peculii ad patrem pertineret, nemo patri præferri posset, nec cuiquam hæreditario jure deferri. De quo in explicatione *d. loc.* fusius disseruimus. Novella 118. parentes sine discretione sexus aut potestatis vocantur ad legitimam hæreditatem in ordine secundo, cum quibus tamen simul admittuntur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti. Ad fi- 3 lium verò emancipatum quod attinet, planum quidem est, patri manumissori legitimam intestati hæreditatem delaram fuisse: at quo jure quove loco successerit ut pater, non item. Habuisse patrem jus sucedendi, patet ex eo, quod præteritus suo jure de inofficioso agere potuit, *l.* 1. §. *ult. si à par. quis man. l.* 14. *de inoff.* quod utique nemo potest, nisi qui jus succedendi ab intestato habet: & tamen jure civili hæredem eum esse non potuisse, argumento est, quod eo jure ad hæreditatem tantùm sui hæredes, & his non existentibus agnati vocantur: pater autem neque suus est, neque ag-

agnatus filio emancipato. Dices, à prætore admissum ad bonorum possessionem. Ex quo ergo capite? unde legitimi, an unde cognati? Si unde legitimi, debuit excludere fratres & sorores, qui ad bonorum possessionem fratris sui emancipati ex alio capite venire non potuerunt, quam unde cognati. Sed etsi unde cognati dicas, adhuc tamen pater jure proximitatis præferri debuit defuncti fratribus. Atqui contra pater à fratribus exclusus fuit, *l. 2. C. ad sen. Tertyll.* Rursus si unde cognati dicas, mater una cum patre vocari debuit, & post Senatusconsultum Tertyllianum, ex quo mater ex capite unde legitimi vocata fuit, etiam patri ordine præferri, *l. 2. §. ult. unde legit.* Atque pater in petenda bonorum possessione matri prælatus fuit etiam post illud Senatusconsultum, *l. 10. de suis & legit. l. 2. §. objicitur. 15. ad sen. Tert. §. 3. inf. eod. tit.* Ego sic existimo, patrem olim admissum fuisse ex capite unde cognati, cognatisque omnibus nomine proximitatis prælatum, & jure patris etiam matri: quod jus ei expresse reservatum fuerit Senatusconsulto, dictamque *l. 2. C. ad sen. Tertyll.* à Triboniano interpolatam accommodatamque ad jura recentiora, & nominatim ad *l. 4. C. de bon. quæ lib. & l. 11. C. comm. de success.*

Qui contracta fiducia, &c.) Id est, qui liberos ex pacto fiduciæ sibi remancipatos manumittit. Nam inventis ad usurpationem vetustatis in emancipatione liberorum imaginariis illis venditionibus & manumissionibus, de quibus in *§. præterea. 6. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* solebat plerumque pater naturalis, fiduciam cum emptore imaginario contrahere de liberis sibi remancipandis, quos ipse deinde manumittebat, eoque facto, ipse pater in eos eorumque bona jura patroni consequebatur, *tit. si à par. quis man.* Cæteroquin omnis emancipatio fiebat contracta fiducia, hoc est, ea lege & fide saltem interposita, ut liberos sibi traditos emptor manumitteret: qui ob id dicebatur fiduciarius, teste Cajo *lib. 1. tit. 6. §. 3.*

Semper videantur quasi contracta fiducia fieri) Justinianus imaginarias illas antiquæ emancipationis solemnitates sustulit, *l. ult. C. de emanc. lib.* salvo tamen jure antiquo patris manumissoris, ut scilicet ad legitimam hæreditatem filii vocetur, cæteraque jura patroni consequatur, perinde ac si contracta fiducia eum emancipasset. Parum autem subtiliter loquuti sunt Compositores, cùm ajunt, emancipationem ex constitutione Justiniani semper intelligi fieri contracta fiducia. Cur enim, aut quomodo fieri videri volunt, quod penitus sublatum est? Jure Novellarum parens manumissor jure patroni, quoad commodum hæreditatis non amplius utitur, *arg. Nov. 118. cap. 2.* VINN. Videntur compositores hoc loco ad aliam respexisse constitutionem, quæ cum Codice Justinianeo intercidit, qua Imperator sanxerat, ut pactum fiduciæ semper interpositum esse fingeretur, etiamsi expressè interpositum non esset. Sed hac constitutione post *l. ult. C. de emanc. lib.* non amplius opus fuit. Unde & omissa fuit in C. Repetitæ prælectionis. Cæterum omnino eatenus excusari nequeunt compositores Institutionum, quod immemores novæ istius constitutionis vetustioris & abolitæ fecerunt mentionem. HEIN.

TITULUS TERTIUS.

DE SENATUSCONSULTO TERTYLLIANO.

Dig. Lib. 38. Tit. 17. C. Lib. 6. Tit. 56.

Argumentum hujus & sequentis tituli.

HOc titulo docet Imperator, quando & quomodo mater ad liberorum suorum intestatorum legitimam hæreditatem vocetur; in sequenti, quando & quomodo illi matri intestatæ succedant.

TEXTUS.

De lege 12. Tabb. & jure Prætorio.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, & præponebat masculorum progeniem; & eos qui per fœminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultro citroque hæreditatis capiendæ jus daret; nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum, possessione unde cognati accommodata, vocabant.

COMMENTARIUS.

NE *quidem inter matrem & filium*) Ait, lege duodecim tabularum ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ul-

tro citroque capiendæ hæreditatis concessum fuisse. Quod verum est. Nam lex ista duos dumtaxat ordines hæredum ab intestato fecerat, suorum sc. hæredum, & agnatorum. Mater autem & liberi nec sui hæredes invicem sunt, nec agnati. Cognati quidem invicem sunt, sed cognati nulli à lege vocantur. VINN. Hæc quidem in se vera sunt. Potuit tamen contingere, ut & mater ex lege XII. tabb. filii hæres esset (1) si esset ejusdem familiæ, vel gentis, e. g. si Scipio alterius Scipionis filiam duxisset, ex eaque procreasset liberos. Hic enim mater tamquam agnata succedere poterat, si esset proxima. Deinde (2) si mater in manum convenisset. Sic enim eodem erat loco, quo filiafamilias, adeoque & filiis tanquam agnata succedebat. Ast posteaquam media jurisprudentia agnatas præter sorores excluserat, & uxores rarius in manum convenire cœperant; rarissima quoque fuit matrum successio, antequam SCto Tertylliano illis prospiceretur. HEIN.

Nisi quod prætores ex proximitate) Pro *nisi* utendum erat conjunctione discretiva, *cæterum* aut *sed*; ne quis putet, ex præscripto legis quod prætores fecerunt. Sensus enim est, prætorem more suo rigorem legis antiquæ mitigasse, & quod poterat, matrem & liberos, qui hæredes invicem ex lege non erant, invicem sibi fecisse bonorum possessores, ad mutuam successionem eos vocando in ordine cognatorum, quem ipse solius proximitatis & sanguinis ratione introduxit & tertium fecit.

TEXTUS.

De Constitutione Divi Claudii.

1. *Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matris ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hæreditatem.*

COMMENTARIUS.

HÆ *juris angustiæ emendatæ*) Hoc est, ipsi legi 12. tabb. postea derogatum est, & quod prætor facere non poterat, jus legitimæ hæreditatis etiam matri & liberis datum Senatusconsultis: ac dehinc cùm antea demum post omnes agnatos à prætore vocarentur ad bonorum possessionem, vocari cœpti sunt ordine secundo ex capite *Unde legitimi*, *l. 2. §. ult. unde legit.*

Primus D. Claudius) De Claudio nihil apud alios reperitur, quod quidem ad rem propositam facere videatur, nisi huc referas, quod Suetonius scribit *cap. 19.* cum fœminis dedisse jus quatuor liberorum; quod etsi significet, obscurum est, opinor tamen, eum intelligere jus liberis succedendi, cujus hìc fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit, cæterum non omnibus, verùm iis dumtaxat, quæ quater peperissent. Sanè accipi non potest pro jure liberorum, quod olim à Principibus pro beneficio datum fuit orbis ad evitandas pœnas legis Papiæ; quarum una erat, quod solidum capere non poterant: quod indicatur à Juvenale *satyr. 9.*

Jura parentis habes, propter me scriberis hæres,
Legatum omne capis nec non & dulce caducum.

Adulterum inducit Poeta, qui maritum hoc sibi beneficium debere ait, quod pœnas orbitatis lege Papia constitutas jam non patiatur, sed solidi capiendi jus habeat; quippe cùm maritus ipse liberos ex uxore suscipere non posset, vicem ejus supplesse, & inde liberos natos. VINN. Omnino privilegium à Claudio concessum apud Suet. *c. 19.* pertinet ad L. Juliam & Papiam: eoque id consequebantur læminæ, ut tutela liberarentur, solidum & caducum caperent, pœnas orbitatis evitarent. Diximus ea de re fusius in *Comment. ad l. Jul. & Pap.* Procul dubio hoc privilegium à Claudio non tam omnibus fœminis, quam quibusdam speciali beneficio concessum est. Vid. Cujac. *Not. Poster. ad h. §.* HEIN.

Ad solatium liberorum amissorum) Ut hoc qualiquali solatio luctum amissorum liberorum levaret; quomodo Pompon. *l. 6. de jur. dot.* patri succursum esse scribit, ut filia amissa dos ab eo profecta ei redderetur, ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiret. Hotomannus & Tuningius putant, per amissos significari eos, qui in acie ceciderunt.

TEXTUS.

Ad Senatusconsultum Tertyllianum. De jure liberorum.

2. *Postea autem Senatusconsulto Tertylliano, quod divi Adriani temporibus factum est, plenissimè de tristi successione matri, non etiam aviæ deferenda, cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens: libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mortuorum, licet in potestate parentis sit: ut scilicet cùm alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hæreditatem, cujus juri subjecta est.*

NOTÆ.

2. *De tristi successione matri*) Ut ad quam summus mœror turbato ordine morte filii pervenit,

venit, ad eamdem quoque luctuosa hæreditas perveniret.

Licet in potestate parentis) *L.6.C. ad SC. Tertyll.* Commodum tamen omne hæreditatis hoc casu acquirebat patri: hodie verò mater proprietatem, avus usumfructum habet, per *l.6. C. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

Divi Adriani temporibus) Zonaras *lib.2.* testatur, hoc Senatusconsultum factum esse divo Pio auctore; quod & fasti confirmant, in quibus post Barbatum & Regulum consules ponuntur Tertyllus & Sacerdos; quo tempore jam annos viginti Antoninus Pius rei Romanæ præfuerat. Ergo divum Adrianum hic accipiemus non patrem, sed filium, Antoninum sc. Pium, qui jure adoptionis idem cum patre nomen sortitus est, & Adrianus quoque appellatus. Sic epistola vulgo Adriani dicta, qua pluribus unius rei fidejussoribus beneficium divisionis datum est, divo Pio tribuitur *l. si testamento. 49. §. 1. in fin. de fidejuss.* Ob eamdem rationem Adrianus quoque Trajani nomine sæpe appellatur. Cujac. *hic.* VINN. Hæc omnia quam incerta sint, quamque parum fidei mereamur Zonaras, diximus *in Antiq. Rom. h. t. §. 3.* idemque ante nos monuit V. C. Ant. Schult. *in Jurisprud. vet. antejust. p. 668.* HEIN.

Plenissimè de tristi successione) Plenissimè, id est, diligentissimè; accuratè enim de hac successione Senatusconsulto cautum, definitumque, qui cum matre concurrant, quos ipsa, vel qui ipsam excludant, qui matri faciendum incumbat, &c. vid. *l. 2. hoc tit. Tristi successione*: luctuosam hæreditatem appellat *l. ult. C. de inst. & subst.* scilicet quia obvenit contra votum matris, quæ velit & optet, liberos suæ superesse vitæ sospites & superstites.

Non etiam aviæ.) Senatusconsultum Tertyllianum matri tantùm filiorum filiarumve hæreditatem detulit, non aviæ aut ulterioris gradus adscendentibus nepotum neptumve aut deinceps descendentium. Unde petenda ratio *l. 9. C. de legit. hær.* quæ in successioue intestatæ sororem præfert, aviæ nimirum consanguineam: nam ex edicto unde cognati aviam cum uterina, ut gradu parem, simul admissam fuisse non est dubitandum. Credibile autem est, ob juris veteris reverentiam tunc ultra primum gradum processum non esse: ulterius tamdem progressus est Justinianus, *Nov. 118.*

Ingenua trium liberorum, libertina quatuor) Hoc quoque veterum legem venerationi datum videtur, quod Senatus non simpliciter matribus omnibus, sed quæ multos cives reipubl. pepe-rissent prospexit; & nimirum ingenuis, quæ ter, libertinis civibus Romanis, quæ quater enixæ essent, dummodo vivos & pleni temporis. Reliquæ ex Senatusconsulto non succedunt, nisi jus liberorum à Principe consecutæ sint. Paul. 4. *sent. 9. in pr. & fin.* Ulp. *tit. 26. §. ult.*

Intestato mortuorum) Igitur necesse est, ut liberi defuncti, quorum de successione agitur, fuerint sui juris: nam qui in potestate sunt, jure antiquo nullo casu hæredem ab intestato habere potuerunt, ne in bonis quidem castrensibus, ut demonstravimus sub *§. ult. præc. tit.* Hodie verò id secus est: nam ex *Nov. 118.* mater proprio jure succedit, & vel sola, vel cum patre & fratribus defuncti, ut jam nullus amplius hujus Senatusconsulti usus sit.

Licet in potestate parentis) Quominus mater ad hæreditatem ex Senatusconsulto admitteretur, non impediebat, quod in aliena erat potestate, *l. 6. C. hoc tit.* quamvis hoc casu nihil admodum emolumenti ad ea n perveniret, sed avo magis, cui commodum omne hæreditatis acquirebantur, quàm matri, consuleretur. At hodie usumfructum tantùm in proposito avus consequetur, mater proprietatem habebit, per *l. cum oportet 6. C. de bon. quæ lib.*

TEXTUS.

Qui præferuntur matri vel cum ea admittuntur.

3. *Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed & filiæ suæ mortuæ filius vel filia proponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater verò utriusque, non etiam avus & proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hæreditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii, quàm filiæ excludebat matrem: soror autem con anguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis onerata, frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hæreditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.*

NOTÆ.

3. *Frater consanguineus &c.*) Tria dicit, 1. fratres defuncti consanguineos matrem exclusisse, 2. sorores consanguineas, si solæ, cum matre admissas, 3. si & sorores & fratres consanguinei, sorores cum fratribus admissas exclusa matre.

Liberis onerata, Cujac. ad Ulp. *tit. ult. §. ult.* ostendit legendum esse *honorata*. Theoph. ἰχυρα

 ἰχκοι

ῥέξαιεν παῖδας, & *inf.* §. 5. *κεκτημένη*, Cic. 1. *Tusc. cap.* 35. *Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui ex liberis filii defuncti matri praeferantur?*
2 *Qui ex liberis filiae defunctae?*
3 *Qui adscendentium?*
4 *Qui lateralium?*

Continet hic §. declarationem Senatusconsulti Tertylliani; docecurque primo quid juris sit, si cum matre defuncti existant liberi; deinde si pater aut avus paternus; tertio si fratres aut sorores.

Praeferuntur matri liberi defuncti) Quod cum matre concurrunt liberi defuncti, sive primi sive ulterioris gradus, liberi matrem excludunt: idque sive agatur de masculi, sive de foeminae successione, ut mox apparebit.

1 *Qui sui, quive suorum loco*) Hinc necesse est casus ponatur, quo filius mortuus est: siquidem filia suos haeredes habere non potest. Ait autem Imp. matri defuncti praeferri liberos, qui sui defuncto haeredes sunt, tum qui sunt suorum loco. Sui sunt etiam liberi adoptivi: caeterum hi post emancipationem matri defuncti non obstant, nec admittuntur, nisi fuerint ex liberis naturalibus, ut puta nepos adoptatus ab avo, *l.* 2. §. *liberi* 6. *h. tit.* Quid autem juris hodie, si adoptati ab extraneo? Non habent hi quidem jus suorum haeredum: sed tamen quia Justinianus expressè iis servavit jus successionis ab intestato, dicendum videtur, matri praeferendos esse, *l. pen.* §. 1. *C. de adop.* Quid si quis decesserit relicta matre & item filia, quam in adoptionem dederat? Et quidem in adoptionem dati neque sui haeredes sunt patri naturali, neque suorum haeredum loco. Placuit tamen, cessare Senatusconsultum, & simul admitti ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem & filiam, *l.* 2. §. *sed si* 9. *hoc tit.* Suorum loco sunt primum liberi emancipati, quos saepe diximus praetorem suorum numero habere, eosque tamquam suos, vel cum suis haeredibus vel solos bonorum patris possessores facere. Deinde suorum quoque loco sunt ex constitutionibus Principum, & praecipuè Justiniani, nepotes & pronepotes ex filia: nam & hi inter suos & cum suis vocantur, §. *ult. sup. de haer. quae ab intest.* ut matri defuncti praeferri debeant, cum in suis, aut qui suorum numero sunt, gradus non quaeratur, hoc est, nihil referat primi gradus sint, an ulteriorum, ut ipse Imp. hic docet.

2 *Filiae suae mortuae*) Casus, ubi de filiae intestato mortuae successione quaeritur. Ait *suae*, id est, quae sui juris suaeque potestatis fuerit: quomodo M. Tullius *lib.* 3. *de repub. Est*, inquit, *genus injustae servitutis, cùm ii sunt alterius, qui sui possunt esse.* Persius *sat.* 4. *v.* 88. *Vindicta postquam meus à praetore recessi*, & alioqui nec huic Senatusconsulto, nec successioni ab intestato omnino locus esse potest, ut notatum §. *prae.* Utique illud palam est, liberos suos haeredes matri non esse. Apud Wesembecium vox *suae* deest.

Filius vel filia praeponitur ex constitutionibus) *L.* 4. *C. ad Senatusconf. Orfic. l.* 11. *C. de suis & legit. l.* 3. *& pen. C. Theod. de legit. haer.* Ut autem filius & filia matri praeferrentur, nec inter eos & matrem divideretur haereditas, constitutionibus opus fuisse, ideo Hotomannus & Bachovius scribunt, quia pari jure uti videantur, matri suffragio Senatusconsulti Tertylliani, filius & filia Orficiani, & tamen in Orficiano excluduntur consanguinei, qui in Tertylliano aut praeferuntur, aut cum matre concurrunt; unde si intestatae mulieri consanguinei extant, & mater & filia, ad solam filiam ex Senatusconsulto Orficiano haereditatem pertinere rescriptum est ab Alexandro *l.* 1. *C. ad Senatusconf. Orfic.* Planè illud ex constitutionibus est, quod etiam nepotes neptesve admittantur, & matri defunctae praeponantur, *d. l.* 11. *C. de suis & legit. lib.*

3 *Pater verò utriusque, non etiam avus & proavus*) Jam cum matre conferre incipit adscendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait, patrem matri anteponi patrem sc. naturalem: nam adoptivus matri non nocet, *l.* 2. §. *objicitur.* 15. *l.* 3. *hoc tit.* Ait, *utriusque*, id est, & filii & filiae intestato mortuorum, de quibus distinctè antea locutus erat. Summovet autem matrem, sive manumissor haeres pater existat, sive non manumissori bonorum possessio competat, *d. l.* §. *objicitur.* 15. *l.* 10. *de suis & legit. Non etiam avus & proavus*, neque avus neque proavus, ait Ulpianus in Tertylliano, matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint, *d.* §. *objicitur.* 15.

Cum inter eos solos) Scilicet, ajunt Hotoman. Wesemb. Pac. inter patrem & matrem; qni manifestus error est: pater enim semper & omnimodo matrem excludit. Referendum hoc omnino est ad proximè antecedens, nempe si mortuo jam ante patre defuncti, inter avum aut proavum & matrem solos de haereditate agatur: hoc casu significat Imperator, matrem potiorem esse: ast ubi simul pater superest, cui avus anteponatur, non item: verbi causa, nepos ab avo manumissus decesit patre & avo & matre superstitibus, hic avus manu-

manumissor, quia speciali jure tamquam patronus patri, id est, filio suo in potestate retento, præfertur, matrem quoque, cui pater obstat, propter patrem excludet, *l.5.§. ult.hoc tit.* neque enim mater prodesse debet, quod avus patri anteponitur jure patroni. At patre mortuo, si avus solus extet cum matre, avus etiam manumissor matri postponetur, *d. l. 2. §. objicitur. 15. eod.* Unde notant. Jo. Fab. Porc. & alii: regulam, *si vinco vincentem te, multo magis vinco te*, non procedere, ubi non sunt pares termini: ego dicerem, ubi non meo jure te vinco, sed propter tertium. Non absimilis casus est, qui proponitur ab Ulp. *d. l. 2. §. si sit consanguinea. 18. eod.*

4 *Frater consanguineus excludebat matrem, soror autem pariter, &c.*) Hic cum matre conferuntur fratres & sorores, atque hæc tria docentur. 1. si fratres consanguinei cum matre defuncti existant, fratres esse potiores. 2. si sorores consanguineæ, siquidem solæ, cum his pariter matrem admitti. 3. si & sorores sint & fratres consanguinei, non prodesse matri, quod tunc sorores æquè ac fratres admittantur: neque enim ut matrem, ita & sorores à fratribus excludi. Porro cùm fratres dumtaxat & sorores hoc loco matri objiciantur, existimandum est, cæteris à latere venientibus sive agnatis sive cognatis matrem præferri. Sed & quia consanguineorum tantùm mentio fit, credibile est, fratres & sorores uterinos Senatusconsulto fuisse exclusos: cæterum Justinianus hos etiam cum matre admisit §. 5. *inf. eod. Novella* 118. totum hoc jus mutatum est, ut identidem monuimus.

Et mater liberis onerata) Probabilis est conjectura Cujacii in *not. ad* Ulp. *tit. ult.* pro *onerata* legendum existimantis *honorata*. Ut enim verum sit, liberos matri esse oneri, tamen respectu Senatusconsulti Tertylliani, de quo hic agitur, non oneri, sed emolumento matri sunt. Conjecturam Cujacii Theophilus quoque jubavat, qui vertit ἴχνεα δικαιο παιδων, & §. 5. eamdem appellat δικαία παίδων κεκοσμένη. Cicero. 1. *Tusc. c.* 35. *Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

Textus.

Jus novum de jure liberorum sublato.

4. *Sed nos constitutione, quam in Codice, nostro nomine decorato, posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus sive ingenuis, sive libertinis, etsi non ter enixæ fuerint vel quater, sed eum tantùm vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.*

Commentarius.

Constitutione, quam in Codice) Ea est *l.2. C. de jur. lib.* qua matri jus legitimæ successionis omnimodo conceditur, licet ingenua tres, libertina quatuor liberos non pepererit.

Imperium esse credidimus) Non debebat disputare adversus Senatusconsultum, quo jura matrum adaucta sunt: nec impium, sed plenum pietatis amplissimi Ordinis consilium fuit, nimirum præmio aliquo matres invitare ad liberorum procreationem atque educationem, & occurrere detestabili infantium exponendorum audaciæ: forte & flagitiis aliis fœminarum obvium ire, quæ, qui tum temporis mores erant, frequenter abortionibus operam dabant; cujus rei testis nobis sit Juvenalis *satyr. 6. v. 593.*

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto.
Tantum artes hujus, tantum medicamina possunt,
Quæ steriles facit, atque homines in ventre necandos
Conducit.

Quid enim peccavit) Cur non omissa omni disputatione pro imperio suo statuit, quod vult, & tribus verbis simpliciter matri jus legitimæ successionis dat? Senatus non fortunam, sed civitatis propagationem spectavit, uti & lex Papia Poppæa, quæ non modo cælibes, verùm orbos etiam pœna affecit, quamvis nihil peccantes; cùm nemo divinare possit, uxorem, quam ducit, infœcundam fore. Æquo tamen animo hujusmodi ferenda sunt, & cedendum publicæ utilitati.

Textus.

Quibus mater præponitur, & quibuscum admittitur.

5. *Sed cùm antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant; nobis visum est, recta & simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ulla demi-*

nu-

nutione filiorum suorum successionem accipere; excepta fratris & sororis persona, (sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes) ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres & sorores (sive legitimi sint, sive non) ad capiendas hæreditates simul vocemus: ita tamen ut, siquidem solæ sorores agnatæ, vel cognatæ, & mater defuncti, vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram verò dimidiam partem omnes sorores habeant. Si verò matre superstite, & fratre, vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita ejus distribuatur hæreditas.

NOTÆ.

5. *Cum antea constitutiones*) Vid. *l.* 1. *l.* 2. & *pen.C.Th.de legit. hær.* Cujac. *hic.*

Anteponi, & sine ulla deminutione) Superiores constitutiones jus matris minuebant, admissis agnatis in partem tertiam, quas constitutiones abrogat *l. ult. C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

P*Artim adjuvabant, partim prægravabant*) Ejuscemodi extat constitutio Constantini *l.* 1. *C. Theod. de legit. hær.* Adjuvabat ea matrem, quia matri etiam non habenti jus liberorum defert etiam partem bonorum filii intestati detractam agnatis, à quibus antea in totum excludebatur. Vicissim prægravat, quia licet mater habeat jus liberorum, tamen agnatis proximis ultra consanguineos patruo scilicet ejusque filio & nepoti, non ulterioribus, pari beneficio defert, tertiam portionem detractam matri, quæ ex Senatusconsulto totum sola habitura fuisset. Eodem pertinet *l.* 2. *d. tit.* & *C.* Gravabatur etiam mater jus liberorum habens, si thorum priorem secundo mutasset amplexu, proprietate ipsi adempta rerum filii defuncti paternarum, *l. pen. d.tit.C. Justin.*

In aliis contrarium faciebant) Hoc est, ut illic detrahebant matris liberis honoratæ trientem, quem adspergebant agnatis; ita hic contrarium faciebant, trientemque detrahebant agnatis, quem adspergebant matri jure liberorum non honoratæ.

Matrem omnibus legitimis, & sine ulla deminutione) Matres omnes jure liberorum honestantur, *l. ult. C. de jur. lib.* Ex quo secundum sententiam Senatusconsulti Tertylliani mater, sive ter peperisset, sive non, agnatis omnibus secundo gradu remotioribus simpliciter præferenda fuerat, nisi obstitissent constitutiones, quibus jus matris liberis honestatæ minuebatur, agnatis, quos diximus, admissis in partem tertiam: quas constitutiones Justinianus hìc abrogat, matrem omnibus agnatis sine ulla deminutione anteponens.

Excepta fratris & sororis persona, sive consanguinei, &c.) In Tertylliano fratres consanguinei matrem excludebat, mater uterinos, soror consanguinea cum matre pariter admittebatur. Justinianus etiam cum fratribus consanguineis matrem admisit, & cum matre etiam uterinos, *l. ult. C. hoc tit.*

Quemadmodum eam toti alii legitimo ordini) Cum in eum modum jura matrum beneficio Justiniani aucta sint, ut legitimis omnibus præter fratres in totum exclusis, etiamsi ter non pepererint, solæ succedunt; ut cum consanguineis defuncti fratribus, à quibus antea excludebantur, quantumvis jus liberorum haberent, nunc admittantur, etiamsi non habeant: putavit Imperator, matres haud iniquo animo pati debere, si uno in casu vicissim jus ipsarum minueret, & fratrum sororumque hactenus augeret, ut cum ipsa admitteret & uterinos.

Ita tamen ut, siquidem solæ sorores) Quæ sequuntur pertinent ad modum succedendi, sive rationem distribuendæ hæreditatis inter matrem defuncti ejusdem fratres & sorores. Constituit autem, ut si cum matre concurrant sorores solæ, sive consanguineæ sive uterinæ, duo semisses fiant, quorum unum mater, alterum sorores capiant: sin fratres, sive soli, sive etiam cum sororibus, an capita hæreditas dividatur, totque partes fiant, quot sunt personæ succedentium, *d. l. ult.C. hoc t.* Hæc iterum mutata sunt *Nov.* 118. qua fratres & sorores omnes, ex uno tantùm latere defuncto conjuncti, tam à matre, quàm à fratribus utrinque conjunctis excluduntur, mater cum his ex æquis partibus succedit.

TEXTUS.

De tutore liberis petendo.

6. *Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere: scituris eis, quod si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti, vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.*

NOTÆ.

6. *Impuberum morientium*) Disertè *impuberum*, ut & in *dict. l.* 10. *C. de leg. hær.* nam si puberes moriantur, mater ab eorum hæreditate non excluditur, *l.* 3. *C. hoc tit.* Nec qui filio

filio puberi curatorem non petiit, excluditur, *dict. l. §. 29. αὐτοὶς γαρ ἑαυτοῖς αἰτῶ.* Modestin. *l. 2. §. 5. qui pet. tut. l. 6. C. eod.*

COMMENTARIUS.

ITa eas oportet *suæ soboli consulere*) Matri onus tutelæ impositum non est: quia virili munus est, tutelam gerere; at petendi tutores negotium injunctum, quod maternæ pietati maximè convenit. Quod si petere neglexerit, ut indigna à legitima hæreditate filii reperitur, *l. 2. §. 1. & 2. qui pet. tut. l. 2. §. si mater 23. & multis seq. hoc tit.* ubi hic locus fusè explicatur.

Non petierint, vel in locum remoti) Si mater, inquit Ulpian. non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis rejectisve non confestim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum, *d.l.2. si mater 23.hoc tit.* idque etiam hodie adhuc obtinebit, si mater nec tutorem petat, nec ipsa administrationem tutelæ suscipiat: quod matri concessum, *Nov. 118.cap.5.* Sed hæc moribus obliterata. Christin. *vol.4.decis.63.n.7.*

Intra annum) Quid ergo, si intra annum pupillus moriatur non petito tutore? an tum mater excusabit à pœna? Non puto: quia requiritur, ut petat confestim, ubi primum potuit, id est, prætoris copiam habuit huic rei sedentis, *d. l. 2. §. si mater 23. & §. confestim. 43.* ubi Græci, *huic rei sedentis, τυτέσι τῇ διοικήσει τῶν πυπιλλαρίων πραγμάτων.* Quod verò hic dicitur, & in *l 10. C. de legit. hær.* si intra annum non petierit, sic accipio, ut nullo modo post annale spatium excusetur; nec si magnam causam non petendi habuerit, quæ usque ad annum eam excusaret, per *d. l. 2. §. confestim. 43.*

Impuberum morientium) Ex contrario ergo si puberes moriantur, quibus tutor petitus non est, mater ab eorum hæreditate non excludetur; quod & disertè rescriptum est in *l.3.C. hoc tit.* & ideo in *d. l. 10. C. de legit hær.* expressè additur hæc restrictio, si impuberes moriantur. Quippe credendum, puberem, qui testamentum facere poterat, intestato mori malentem, ultro matri injuriam remittere, & tacitè velle ad matrem legitimam hæreditatem pertinere, per *l.8.§.1.de jur. eod.*

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

7. Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatusconsulto admitti.

COMMENTARIUS.

QUemadmodum mater à prætore admittitur ad liberorum etiam vulgo quæsitorum bonorum possessionem, & vicissim liberi etiam vulgo quæsiti ad bonorum possessionem matris ex capite unde proximi cognati, *l. 2.unde cognat.* ita & mater ex Senatusconsulto Tertylliano admittitur ad legitimam hæreditatem filii filiæve, tam eorum, qui vulgo quæsiti sunt, quàm qui procreati ex justis nuptiis, *l. 2. §. hoc tit.* Et contra etiam vulgo quæsiti ex Orficiano admittuntur ad legitimam hæreditatem matris, *l. 1. §. 2. eod. §. pen. tit. seq.* Nimirum mater semper certa est, & in his Senatusconsultis matris & filiorum personæ naturaliter designantur, *l.7. cap. minuit.* cùmque vulgo quæsiti patrem non habere intelliguntur, a quo sunt agnationis & familiæ jura, nemo est, qui matri jure consanguinitatis aut agnationis hic abjici possit, *l. 4. unde cogn.* Atque hoc jure etiamnum utimur. Add. quæ sub *§. 3. seq. tit.*

TITULUS QUARTUS.
DE SENATUSCONSULTO ORFICIANO.

Dig. Lib. 38. Tit. 17. C. Lib. 6. tit. 56.

TEXTUS.

Origo & summa Senatusconsulti.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orficiano, quod Orficio & Rufo consulibus effectum est, Divi Marci temporibus: & data est tam filio, quàm filiæ legitima hæreditas, etiamsi alieno juri subjecti sint, & præferuntur consanguineis & agnatis defunctæ matris.

COMMENTARIUS.

LEge duodecim tabularum nec mater liberis, nec liberi matri ab intestato succedebant: nam duo dumtaxat genera lex agnoscebat, suos hæredes, & agnatos, cujusmodi nec

nec mater liberis, nec illi matri sunt, ut dictum supra est in *pr. præc. tit.* Cæterum cùm placitum esset, hoc dare naturali conjunctioni, ut mater vocaretur ad legitimam successionem filii & filiæ; æquum erat, ut retro tantumdem etiam concederetur liberis, ut scilicet & hi vicissim jus legitimæ successionis consequerentur in bonis matris; cùm adeo liberorum conditio in causa successionis etiam potior esse debeat, propter naturæ simul & parentum commune votum, *l. 7. §. 1. unde lib.* Id effectum est Senatusconsulto Orficiano viginti ferme annis postea, quàm matri legitima hæreditas delata fuerat Senatusconsulto Tertylliano; ut ex Fastis colligitur. Cur matri tanto tempore ante consultum fuerit, quàm liberis, causam ignorare me fateor. VINN. Maxime tamen probabilis est ratio, quam reddit V.C. Ant. Schultingius *p. 669.* quod mater, si vellet, pietatis officio per testamentum posset satisfacere, id quod per ætatem liberis sæpe haud licuerit. Quum ergo sæpius contingeret, ut liberorum hæreditate liberi, quam hi materna exciderent; nec mirum videbitur, prius prospectum fuisse matri, quàm liberis. HEIN.

Orficio & Rufo coss. D. Marci temporibus) In imperio Marci Antonini Philosophi & Commodi notantur hi Consules, Vettius, seu, ut alii, Velius Rufus, & Corn. Scipio Orfitus, anno ab urbe condita 930. qui vigesimus est à consulatu Flavii Tertylli, à quo Senatusconsultum Tertyllianum. Lamprid. *in Commod.* Onuphr. *in fast.* Moris erat illis temporibus, ut ex Imperatorum orationibus vel epistolis in curia recitatis, quasi in eorum sententiam Senatusconsulta fierent: unde sæpe eamdem rem & Senatusconsultis tribui & orationibus videmus; quemadmodum etiam in proposito Cajus *l. pen. hoc tit.* oratione D. Marci (quem appellatione sacratissimi Principis designat,) cautum scribit, ut matris intestatæ hæreditas ad liberos pertineat.

Etiamsi alieno juri subjecti) 6. *l. pen.* uti ex contrario quoque mater, licet in potestare patris sit, admittitur ad bona liberorum. Et ergo uti mater filiafam. ita & hi liberi jussu patris adibunt, *§. postea. 2. tit. præc.* Matrem autem, de cujus successione quæritur, sui juris fuisse, cùm moreretur, oportet: alioqui si jus illorum temporum spectamus, hæredem ab intestato habere non potuit. Planè hodie post *Nov.* 118. etiam filii & filiæfam. intestati hæredes habent in adventitiis, quorum ipsis concessa proprietas.

Et præferuntur consanguineis) Filius & filia ex Orficiano pleniore jure vocantur ad hæreditatem matris, quàm ipsa ad illorum ex Tertylliano: illi enim vocantur cum prærogativa ante omnes, non modo agnatos, quos etiam in Tertylliano mater excludit, verùm etiam ante defunctæ matris fratres consanguineos, cùm in Tertylliano consanguinei defuncti præferantur matri; & quamvis v. c. ex duobus filiis alter adierit, alter repudiaverit hæreditatem matris, tamen ad consanguineum aut agnatum defunctæ proximum pars repudiata non pertinet, sed acrescit alteri filio, *l. 1. §. sed si nemo. 9. hoc tit.*

TEXTUS.
De nepote & nepte.

1. Sed cùm ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad aviæ successionem legitimo jure non vocarentur, postea hoc constitutionibus Principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.

COMMENTARIUS.

Utrumque Senatusconsultum & Tertyllianum & Orficianum reverentia quadam juris veteris in primo gradu cognationis substitit: atque ut Tertyllianum soli matri filiorum & filiarum detulit hæreditatem, aviam ad hæreditatem nepotum neptumve non admisit; sic Orficianum similiter filios dumtaxat & filias vocavit ad successionem matris, non etiam nepotes & neptes ad successionem aviæ. Nam quod Modestinus *l. 8. unde cogn.* respondet, nepotes, atque adeo etiam vulgo quæsitos, ad aviæ bona ab intestato admitti, ad edictum prætoris pertinet, quo, deficientibus legitimis, ad bonorum possessionem vocantur proximi cognati.

Constitutionibus Principalibus) Principes Valentinus, Theodosius, & Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam successionem aviæ, *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* ut tamen tertia parte minus acciperent, quàm pater eorum vel mater habituri fuissent De quo diximus ad *§. ult. sup. de hær. quæ ab intest.* Novissimo jure in successione ab intestato descendentes omnes æquale jus habent, nec sexus, suitatis, aut agnationis ulla amplius prærogativa est. *Nov.* 118.

TEXTUS.
De capitis deminutione.

2. Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quæ ex Tertylliano & Orficiano Senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hæreditates legitimæ capitis deminutione non pereunt: sed illæ solæ, quæ

ex

ex lege duodecim tabularum deferuntur.

COMMENTARIUS.

Regula juris est, novas hæreditates legitimas, capitis deminutione non perimi, *l. 7. de cap. min. l. 11. de suis & legit. l. 1. §. capitis. 8. hoc tit.* Novas hæreditates appellat, quæ novo jure post legem 12. tabb. deferuntur vel ex constitutionibus vel ex Senatusconsultis, *dd. ll. & l. 3. in fin. de hæred. pet.* Capitis autem deminutionem minimam intelligi, manifestum est, scilicet quæ contingit salva civitate: nam libertate aut civitate amissa, de successione quæri non potest, *d. l. 1. §. capitis. 8.* Hujus regulæ rationem hanc Paulus affert, *d. l. 7. de cap. min.* quod novis legibus & hisce Senatusconsultis hæreditates sic deferantur, ut personæ naturaliter designentur, id est, nomine naturali, puta matris aut filii filiæve; quæ nomina, ut naturalia sunt, ita post capitis deminutionem adhuc manent.

Illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabb.) Propterea quod lege 12. tabb. hæreditas sic defertur, ut personæ designentur civiliter, id est, civili nomine, suorum scilicet hæredum & agnatorum: quæ nomina, cùm civilia sint, minima quoque capitis deminutione pereunt, *§. ult. sup. de leg. agn. tut.*

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

3. *Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hæreditatem ex Senatusconsulto admitti.*

NOTÆ.

3. *Qui vulgo quæsiti*) Et hi matri quoque succedunt simul cum liberis legitimis, nisi mater sit illustris, & legitimam sobolem habeat: nati autem ex concubinatu, (sc. licito, καὶ ἐξ ἀθεμιτογαμίας,) pariter cum legitimis admittuntur etiam ad matris illustris successionem, *l. pen. C. hoc tit.* Nimirum mater semper certa est, & in his SCtis personæ naturaliter designantur.

COMMENTARIUS.

1 *Et concubina natos meliore conditione esse, quàm vulgo quæsitos, & hos, quàm natos ex damnato coitu.*

2 *Quid moribus hic receptum.*

Sicut mater ex Tertylliano succedit liberis etiam vulgo quæsitis, ita vicissim & vulgo quæsiti matri succedunt ex Orficiano, *l. 1. §. 2. hoc tit.* propter rationem, quam paulo ante indicavi, & sub *§. ult. præc. tit.* Succedunt autem matri non tantùm cùm soli sunt, sed simul etiam cum liberis ex justo matrimonio procreatis, nisi mater illustris sit, cui spurii non aliter ex constitutione Justiniani succedunt, quàm si legitima soboles deficit, ne stirpis claritudo ista labe & memoria maternæ infamiæ dedecoretur, *l. pen. C. eod.* Sed & præteriti de inofficioso matris testamento dicere possunt, *l. si suspecta. 29. §. 1. de inoff. test.* Inter patrem verò & spurios jus idem mutuæ successionis non est. Porro sciendum est, liberos naturales, id est, natos ex concubina, paulo meliore conditione esse, quàm spurios seu vulgo quæsitos, sive de successione matris quæratur, sive de successione patris, & utroque meliores, quàm natos ex complexu damnato incestove. Naturales seu nati ex concubinatu admittuntur una cum legitimis ad matris etiam illustris & per matrem adscendentium successionem, *d. l. pen. C. hoc tit.* Denique & patri naturali ex jure novissimo in duas uncias una cum matre dividendas succedunt, nisi ille liberos legitimos vel uxorem reliquerit, quo casu alimentis contentos esse oportet, *Nov. 89. cap. 12. unde auth. licet. C. de nat. lib.* quorum neutrum pertinet ad πορνογενεῖς. Ex incesto aut damnato legibus coitu procreati nihil ne ex matris quidem successione capiunt; ac ne alimenta quidem petendi jus habent, *de Nov. 89. c. ult. Nov. 74. cap. ult. auth. ex complexu. C. de incest. nupt.* quem tamen rigorem mitigavit æquitas juris Canonici, *cap. cùm haberet. 5. in fin. de eo qui dux. in uxor. quam adult. poll.* Sanè nec putarem jus civile refragari, quominus magistratus ex officio liberis hujusmodi alias fame perituris alimenta jubeat subministrari: nam & pater, licet incestuosus & impius, alendus est, quia pater est, *Nov. 12. cap. 2.* vid. Palæot. *de noth. & spur. cap. 41. cum seqq.* Gail. *2. obs. 115.* Christin. *vol. 1. decis. 198. & vol. 4. decis. 64.* Mores hac in parte nonnihil à jure Romano discesserunt. D. Gudelinus *lib. 2. de jure noviss. cap. 13. in fin.* scribit, moribus plerarumque regionum liberos naturales, seu natos ex illegitima conjunctione, ne ad matris quidem aut parentum maternorum bona admitti, & nullibi in his provinciis ad duas uncias hæreditatis paternæ: quod posterius etiam tradit Wames. *cent. 1. cons. 42.* & post eum D. Tulden. *comm. in tit. 1. hujus lib. cap. 11.* Apud nos, naturales, nec non ex his descendentes, non tantùm matri reliquisque maternæ lineæ parentibus vel in totum vel ex parte succedunt, sed reliquis quoque per matrem conjunctis personis: quoniam respectu matris in causa successionis illegitimi idem juris, quod legitimi habent, extra quam si nati sint ex vetito aut nefario complexu, qui

cum sobole sua ab omni successione remoti. Et vicissim materni naturalibus in partem dimidiam succedunt videlicet matre mortua: partem autem alteram fiscus occupat tamquam vacantem. Quod si mater adhuc vivat: universa hæreditas ad fiscum devolvitur, quemadmodum & universa devoluta fuisset ad paternos, si defunctus legitimè procreatus fuisset. Eorum, qui nati sunt ἐξ ἀθεμιτογαμίας, ex damnato & punibili legibus coitu, (quos vocamus *over wvonem bastaris*) hæreditatem fiscus sine distinctione totam sibi vindicat; quasi eorum, qui destituti sint omni cognatione & tam materna, quàm paterna propter admissum à parentibus nefas, vid. Grot. *lib. 2. manuduct. cap. 28. in fin. & cap. 31.* ubi jura quædam singularia commemorat concessa quibusdam civitatibus. VINN. Ast in Frisia, immo & in Germania tantum non ubique jus commune obtinet; ceu & res judicatæ recentissimæ confirmant. HEIN.

TEXTUS.
De jure accrescendi inter legitimos hæredes.

4. *Si ex pluribus legitimis hæredibus quidam omiserint hæreditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio: & licet ante decesserint, ad hæredes tamen eorum pertinet.*

COMMENTARIUS.

Hic locus continet doctrinam omnibus legitimis successionibus communem; nempe si plures sint ejusdem ordinis & gradus, qui simul ad successionem vocentur, & eorum aliqui defecerint, portionem illorum cæteris, qui adierunt, accrescere. Ex quo discimus, jus accrescendi non modo locum habere inter hæredes testamentarios, verùm etiam inter legitimos, sive sui sint, sive alterius generis hæredes. Quod si nullus eorum, qui pari gradu & proximi sunt, adierit, sequentibus ejusdem ordinis hæreditatem deferri docemur, *§. pen. sup. de leg. agn. succ.*

Reliquis, qui adierint, accrescit) *L. 1. §. si nemo. 9. hoc tit. l. 9. de suis & legit.* unde totus hic locus descriptus est. Ratio est, quia nemo hæredem pro parte habere potest, aut diversi generis successores, puta hæredem legitimum & fiscum. Illa autem ratio, quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, adæquata non est, sed particularis, ubi ex pluribus testamento institutis alii adeunt, alii omittunt, aut pars aliqua vacat. VINN. Ratio hujus juris proprior dari potest, *quia omnis successio*, ut ait Paull. *rec. Sent. lib. 4. tit. 8. §. 23. proximiori defertur.* Quemadmodum itaque ob hanc rationem repudiante propriore remotior non admittebatur: Paull. *ibid. §. 7. Inst. de legit. agn. success.* ita deficiente uno cohærede, portio ejus alteri ejusdem gradus merito accrescebat, ne vocandus esset cum propriore remotior, id quod absurdum omnino videri posset. Alteram rationem reddit Duaren. *de jure accrescendi. lib. 1. cap. 1. & 14.* quod qui in eodem gradu sunt, conjuncti esse videantur. Sed conjunctionis materia ad testamentariam successionem pertinet, ubi quæstio est de præsumpta testatoris voluntate, non ad legitimam. HEIN.

Licet ante decesserit) His verbis non hoc significat Imperator, portionem hæreditatis, quæ uni ex legitimis hæredibus delata sit, mortuo eo antequam hæreditatem adeat, ad hæredes ejus pertinere, iisque portionem deficientium accrescere: certum enim est, hæreditatem non aditam non transmitti, *l. unic. §. 5. C. de cad. toll.* portionem autem accrescere portioni, *l. si Titio. 33. in fin. de usufr.* ut proinde nihil hæredibus illius legitimi hæredis, qui non adit, accrescere possit: sed si decesserit, antequam ipsi accresceret; quod disertè expressit Marciat. *d. l. 9. de suis & leg.* hoc est, si decesserit postea quidem, quàm portionem sibi ab initio delatam adeundo vel pro hærede gerendo acquisivisset, sed antequam cohæredes deficerent, eorumque portio ipsi deferretur & accresceret, planè ad suos hæredes, qui ipso jure sine aditione hæredes existunt *l. 14. de suis, & legit.* & qui ex lege Theodosii hæreditatem non aditam transmittunt, *l. un. C. de his qui ante ap. tab.* pars deficientis quoque modo pertinebit.

TITULUS QUINTUS.
DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

TEXTUS.
Tertius ordo succedentium ab intestato.

Post suos hæredes, eosque, quos inter suos hæredes prætor & constitutiones vocant, & post legitimos, (quorum numero sunt agnati, & hi, quos in locum agnatorum tam supradicta Senatusconsulta, quàm nostra erexit constitutio,) proximos cognatos prætor vocat.

No-

NOTÆ.

Prætor vocat) Ad bonorum scilicet possessionem : nam cognati hæredes jure civili non fiunt. Vid. *inf. in comm.*

COMMENTARIUS.

Lex antiqua duodecim tabularum duos tantùm hæredum ab intestato ordines fecit, suorum & agnatorum. Novæ leges & Senatusconsulta non addiderunt quidem ordinem novum, sed personas quasdam, quæ nec sui hæredes, nec agnati revera sunt, suorum hæredum & agnatorum numero esse voluerunt, atque in ordine suorum vel agnatorum una cum verè suis hæredibus aut agnatis ad hæreditatem intestati admitti. Inter suos hæredes novæ leges numerant, suisque per omnia exæquant liberos legitimatos, §. 2. *sup. de hær. ab int.* Inter eosdem quoque, & simul cum iis vocant nepotes & pronepotes sexu fœmineo, §. *ult. d. t.* 1. In agnatorum ordinem Senatusconsulta transtulerunt matrem & liberos; Justinianus fratres & sorores uterinos, eorumque & sororum consanguinearum filios & filias, §. 4. *sup. de leg. agn. success. l. pen.* §. 1. *C. de leg. hær.* Anastasius fratres & sorores emancipatos, §. 1. *inf. hoc tit.* Prætor verò tres succedentium ab intestato ordines fecit : primum *liberorum* : (non dixit *suorum*, quia ex liberis vocat etiam non suos,) alterum *legitimorum*, in quo vocantur agnati & jura agnationis habentes ex posterioribus legibus, aut ex Senatusconsultis, *l.* 2. §. *ult. & l. seq. unde legit.* tertium *cognatorum*, in quo admisit omnes, quos sola sanguinis ratio vocat ad hæreditatem, licet jure civili deficiant, *l.* 1. *in pr. l.* 2. *unde cogn.* item eos, qui quod prioribus ordinibus exclusi essent, ex nullo alio capite venire poterant, *l.* 5. *d. tit.* §. 2. *infr. hoc tit.* Tamdem Justinianus cognatos omnes etiam hæredes legitimos fecit, adempta agnatis omni prærogativa, *Nov.* 118.

Proximos cognatos prætor vocat) In hoc ordine qui ad successionem vocantur, videlicet cognati, jure civili hæredes non fiunt; sed jure prætorio bonorum possessores : ac proinde pertinent ad *tit. de bon. poss. inf.* Possunt tamen etiam hoc loco considerari, quia prætor bonorum possessores pro hæredibus habet, & vi ipsa hæredes facit. Post *Nov.* 118. cognati jure civili succedunt, ut non magis quàm agnati prætoris auxilio indigeant.

TEXTUS.

Qui vocantur in hoc ordine. De agnatis capite minutis.

1. *Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam agnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed à prætore tertio ordine vocantur; exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis, non etiam liberis eorum : quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hæreditatem, sive sororis, non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quàm facile est ex ipsius constitutionis verbis intelligere. Aliis vero agnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt; tamen anteponit eos, & procul dubio cognatis.*

COMMENTARIUS.

Porro jam declarare instituit Imperator, quinam illi sint, quos prætor in ordine tertio proximitatis nomine vocat : & ad extremum successionem eorum determinat. Revocemus illos ad tres classes. Primum in eo numero ponit agnatos capite minutos, id est, minimam capitis deminutionem passos : nam media & maxima capitis deminutione interveniente, jus omne successionis tollitur, *l.* 1. *C. de hær. inst.* Igitur, ut capite deminuti, hoc est, emancipati aut adrogati amittebant jus agnationis & legitimæ hæreditatis, quæ lege 12. tabb. deferebatur; ita nec prætor his dabat bonorum possessionem jure hæredum legitimorum, *l.* 5. *unde cogn. l.* 1. *unde legit.* Cæterum quia jura naturalis cognationis & sanguinis minima capitis deminutione non pereunt, sed post eam salva adhuc & integra manent, §. *ult. sup. de leg. agn. tut. l.* 8. *de reg. jur.* prætor, qui tertia edicti parte, qua scilicet proximos cognatos vocat, tantùm naturalem sanguinis conjunctionem spectavit, eadem parte rectè etiam admisit capite minutos, scilicet post suos & legitimos, *l.* 1. *unde legit. d. l.* 5. *unde cogn.* Ut ecce, frater emancipatus ad fratris sui hæreditatem jure civili propter capitis deminutionem non vocabatur, neque solus, neque cum fratribus integri capitis: unde nec jure honorario venire poterat ad bonorum possessionem ex edicto unde legitimi : sed tertio demum loco admittebatur jure cognationis naturalis, quod capitis deminutione non perimitur.

Exceptis fratre & sorore emancipatis, &c. quos lex Anastasiana) Hæc lex Anastasii desideratur. Inserta sine dubio fuit priori Codici, quoniam hìc legenda nobis commendatur : sed in Codice repetitæ prælectionis posita non est, propter *l. ult. C. de leg. hær.* ut opinor, qua plenius fratribus & sororibus emancipatis consulitur, & eorum quoque filiis ac filiabus jus legitimæ successionis datur. Anastasius enim so-

solos fratres & sorores emancipatos vocaverat, & cum patris aliqua deminutione, nimirum ut fratres integri juris altero tanto amplius consequerentur, si fides Theophilo. Justinianus verò emancipatos cum reliquis fratribus succedere voluit æquo jure & sine ulla deminutione, *d. l. ult.* §. 1. & 3. Itaque hic etiam §. per *d. l. ult.* correctus est: quippe quam post Institutiones jam compositas & editas promulgatam esse apparet ex eo, quod Imp. in ipsa lege mentionem institutionum facit. Vestigium legis Anastasianæ extat in *l.* 4. *C. de tut.*

Aliis verò agnatis, &c. anteponit eos, & procul dubio cognatis) Hoc expeditius procedit post *Nov.* 118. Pertinent etiam ad hanc classem, qui in adoptionem dati sunt à patre, aut qui cùm sui juris essent, se adrogari siverunt: nam & isti jus agnationis ita amittunt, ut cognationis jus in familia naturali erga omnes retineant; ac propterea etiam tertio hoc capite à prætore vocantur, *l.* 1. §. 4. *unde cogn.*

TEXTUS.

De conjunctis per fœminas.

2. *Eos etiam, qui per fœminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad successionem vocat.*

COMMENTARIUS.

HÆc secunda classis est eorum, qui à prætore vocantur gradu seu ordine tertio, nimirum qui per muliebrem sexum, ex transversa cognationis linea conjuncti sunt; quique agnationis jus, quippe quod à patre oritur, unquam habuerunt *l.* 2. & *l.* 4. *unde cogn.* Ait autem disertè *ex transverso*: quia qui sunt in linea recta, eos secundo capite prætor vocat, quoniam his jus legitimorum hæredum competit ex Senatusconsultis & constitutionibus, de quibus actum est superius.

Proximitatis nomine) Id est, cognatos, *l.* 3. *d. l.* 4. *unde cogn. l.* 8. *de suis & leg.* §. *pen.* & *ult. inf. eod.* In cognatione enim sola proximitas spectatur: agnati verò licet gradu remotiores, ordine tamen priores sunt omnibus cognatis, qui jus legitimum non habent. Sed hodie potiores non sunt, ut sæpe dictum est.

TEXTUS.

De liberis datis in adoptionem.

3. *Liberi quoque, qui in adoptionem familia sunt, ad naturalium parentum hæreditatem hoc eodem gradu vocantur.*

COMMENTARIUS.

LIberi in adoptionem dati jus cognationis in familia naturali retinent, *l.* 1. §. 4. *unde cognati.* Pertinent autem hi ad primam classem, eorum scilicet, qui jus agnationis per capitis deminutionem amiserunt, ut ostavimus in fine §. 1. *hoc tit.* Quod si ab adoptivo patre emancipati fuerunt vivo adhuc patre naturali, recipiunt gradum liberorum; *l.* 4. *unde lib.* & perinde admittuntur ad bona patris naturalis, ac si ab ipso emancipati essent, nec unquam fuissent in familia adoptiva, ut scilicet jam ex prima parte edicti veniant, qua prætor liberos vocat, §. *at hi* 10. junct. §. *admonendi* 13. *sup. de hær. quæ ab intest. def.*

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

4. *Vulgo quæsitos nullos habere agnatos manifestum est; cùm agnatio à patre sit, cognatio à matre; hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse: quia consanguinitatis jus species est agnationis. Tantum ergo cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.*

NOTÆ.

4. *Nullos habere agnatos*) Quia agnationis jus à patre oritur, quem nullum habent vulgo concepti, *d. l.* 4. *unde cogn. l.* 23. *de stat. hom.* Sed nec ex concubina nati jus agnationis in familia patris habent, *l.* 24. *d. tit.* Immo nec cognationis quidem in causa successionis ab intestato, extra casum *auth. licet. C. de nat. lib.*

Sicut & matri cognati) Leg. ut vet. Cod. *ex matre cognai.* Th. ἀπὸ μητρὸς.

COMMENTARIUS.

1. *Non magis natos ex concubina, quàm vulgo quæsitos jus agnationis habere.*
2. *Naturales & spurios ex eadem matre editos, & inter se, & cum aliis per matrem conjunctis, jus cognatorum habere; ex patris tantùm latere conjunctos non item.*
3. *Natos ex damnato legibus coitu omnis successionis esse expertes.*

IN tertia classe eorum, qui nomine proximitatis vocantur, sunt vulgo quæsiti: qui & ipsi

ipsi inter se & cum aliis per matrem à latere conjunctis jus cognationis habent. Ajo, à latere: quoniam inter matrem ipsam & liberos, licet vulgo quæsiti sint, etiam legitimæ hæreditatis capiendæ ultro citroque jus est ex Senatusconsultis & constitutionibus. Post *Nov.* 118. idem jus successionis inter se habent, quod parentes & liberi legitimi.

Nullos habere agnatos) Ad spurium nullius hæreditas, & ad nullum hæreditas spurii jure agnationis pertinere potest: quoniam agnationis jus à patre oritur, quem nullum habere intelliguntur, qui vulgo concepti sunt, *l. 4. unde cogn.* junct. *l. cum legitimæ.* 19. *l. vul-*
1 *go* 23. *de stat. hom.* Sed nec natorum ex concubina hæreditas ad nullum jure agnationis pertinet: quia etsi patrem demonstrare possunt, jura tamen agnationis in familia patris non habent; quippe quæ nemo ex naturalibus liberis consequitur, nisi qui ex legitimo matrimonio natus est: cæteri omnes matrem sequuntur, *d. l.* 19. *l. lex.* 24. *de stat. hom.* Forster. *tract. de hær. quæ ab int. circa fin. lib.* 1.

Ne inter se quidem possunt videri consanguinei) Argumentum à remotione generis ad remotionem speciei. Si vulgo quæsiti non sunt inter se agnati, nec erunt inter se consanguinei: quoniam consanguinitas est species agnationis. Etenim agnati omnes sunt, qui per virilem sexum conjunguntur: consanguinei soli fratres & sorores eodem patre nati. Quod si jure agnationis hæreditas ad vulgo quæsitos pertinere non potest, nec poterit jure consanguinitatis, *l. 4. unde cogn.* Ex hoc autem loco apparet, consanguinitatem non esse ordinem per se, sed gradum in ordine agnatorum. Qua de re abunde supra *de leg. agn. succ.*

Cognati sunt sibi, sicut & matri,) *L. 4. §. 2. de grad. & affin. l. 2. unde cogn.* An igitur liberi extra nuptias concepti, sive vulgo sive ex concubina, matri tantum & maternis cognati sunt, & non etiam patri & paternis? Sunt sane: & naturalis hæc cognatio obstat, quominus pater filiam, frater sororem vulgo quæsitam uxores ducere possint, *l. 14. §. 2. l. &*
2 *nihil* 34. *de rit. nupt.* Cæterum in causa successionis ratione patris jus cognationis nec inter se, nec cum patre, aut conjunctis per patrem habent; quantumvis nati sint ex concubina, quamquam hos Justinianus patri succedere voluit in duas uncias, si nulli liberi legitimi nec uxor supersit, *auth. licet. C. de natur. lib.* quod tamen in his regionibus non observari, monuimus sub §. *pen. superioris tit.* Sic ergo habeto: Fratres naturales & spurii ex diversis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec sibi invicem, nec legitimis genitorum liberis, aliisve per patrem conjunctis succedunt. Contra verò etiam fra res illegitimi, sive ex concubina sive vulgo nati, ex eadem tamen matre, licet diversis patribus, geniti, invicem sibi jure cognationis succedunt, & item per matrem à latere conjunctis; & hi vicissim illis, *d. l. 2. unde cognati. & hoc text.* dum tamen ex eo complexu orti non sint, qui jure accusari & puniri queat. Nam ex damnato & secundùm leges, ut loquuntur punibili coitu nati omnis successionis, sive paternæ sive maternæ, tam ex testamento, quàm ab intestato, penitus sunt incapaces, nec ullum vel cognationis jus cum patre matreve, (quod est extra controversiam,) nec inter se ipsi, aut cum aliis per patrem matremve à latere conjunctis habent. Quippe cujusmodi sobolem nec liberorum nomine censendum, nec eam, ex qua nati appellatione matris, Justinianus constituit: proinde nec fraternitatis inter illos necessitudo esse videtur, quæ faciat successionis locum. Per *c. ult. Nov. 74. & c. ult. Nov.* 89. Gloss. comm. approbata in *l. ult. C. de natural. lib.* Cagnol. *in l. pen. C. ad Senatusconf. Orfic.* Palæot. *de noth. & spur. cap.* 43. Forster. *tit. de success. eor. qui ex damnat. coit. conclus.* 5. Ant. Fab. *C. suo, lib. 6. tit. 33. decis.* 3. 7. & 8. Fachin. *6. cont.* 10. *Diff.* Christin. *vol. 1. decis.* 198. *& ibi citati.* De jure patrio dixi sup. §. *pen. præc. tit.*

Textus.

Ex quarto gradu vel agnati vel cognati succedunt.

5. *Hoc loco & illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum quæramus, sive de edicto, quo prætor legitimis hæredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis verò nomine iis solis prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo à sobrino sobrinaque nato natave.*

Commentarius.

1 *Cur latius agnatorum successionem diffundi placuerit, quàm cognatorum?*
2 *In obscuro esse, cur sexto potius quàm quo alio gradu successio cognatorum determinata, explosa ratione Mynsingeri & aliorum.*
3 *Supradictum discrimen sublatum esse Nov.* 118.
4 *Agnatorum successio an certo gradu terminetur? & an novo jure item cognatorum? Et quid hic usus servet?*

Hoc

HOc §. determinatur successio eorum, qui ex tertio capite unde cognati veniunt, & simul insinuatur differentia, quæ hac in parte sit inter agnatos & cognatos.

Agnationis jure etsi decimo gradu) Nominis & familiæ propagandæ studium fecit, ut successio, quæ agnationis jure nititur, latius diffunderetur, quàm quæ naturali dumtaxat cognatione. Nec à prætore in infinitum producenda fuit successio jure civili incognita. Ait, *etsi decimo.* Hoc dicitur *πρὸς διαςολὴν* sexti, quo terminatur successio cognatorum: nam agnatorum successionem verius est nullo fine terminatam fuisse, ut mox audiemus.

Edicto quo prætor legitimis) Nam quibus jus civile legitimam defert hæreditatem, iisdem, etsi hæredes non extiterint: prætor, ut custos & minister jus civilis, etiam jure legitimi hæredis defert bonorum possessionem, quamvis sexto gradu sint remotiores.

Usque ad sextum cognationis gradum) Inclusivè ut loquuntur *l. 1. §. 3. l. pen. unde cogn.* Quod prætorem moverit, ut potius sexto gradu quam quinto aut alio hanc successionem determinaret, difficile est dicere. Paulus 4. *sent. 11. in fin.* hanc rationem affert, quod in sexto gradu deficiunt nomina cognationis, quibus personæ propriè denotentur. Mynsingerus, Hotomannus & Wesembecius aliam afferunt, quia scilicet naturalis cognatio propter vitæ humanæ brevitatem ultra sextum gradum non producatur. Sed hæc ratio, quod pace tantorum virorum dictum sit, perspicuè inepta & falsa est, tractatur enim hic non de successione descendentium aut adscendentium, sed eorum, qui ex latere veniunt, quos ultra sextum aut septimum gradum qui reperiri posse negat, eum necesse est sanæ mentis non esse. Et verò si natura ultra eum gradum neminem patiatur vivere, nec patietur ultra vivere agnatos. Cur ergo nos, licet longè remotiores sint, & jus civile & prætor admitti voluit? Equidem fateor, Paulum quoque dicto loco eamdem istam rationem expressisse, & Modestinum quoque in *l. 4. in pr. de grad. & affin.* Verùm illi, ut credibile est, in hac *αἰτιολογίᾳ* respexerunt maximè ad successionem superiorum & inferiorum, id est, eorum, qui sunt in linea recta & transversa inæquali. Nam in transversa æquali, puta si ex duobus fratribus continua serie sobolem propagatam ponamus, vel vicesimo gradu inter se distantes reperias. De eo nemo dubitat, si Hotomannum exceperis, quin hodie, sublato per *Nov. 118.* agnationis & cognationis discrimine, intelligi debeat sublatum quoque esse discrimen termini successionis; quod pæne etiam expressum est in calce *cap. 3. d. Nov. 118. Gloss.* Joan. Fab. Ang. Wesemb. *hic.* Forster. *dict. tract. 3. cap. 9.* Unum superest non satis expeditum, utrum quemadmodum sextus gradus terminus successioni cognatorum hic positus est, ita etiam decimus præfixus intelligi debeat successioni agnatorum, an verò hæc certo gradu non terminetur. Unde dependet decisio quæstionis, utrum ex novo jure cognati pariter & agnati tantùm ad decimum usque gradum succedant, an verò etiam ultra eum. Ut dicamus, decimum gradum terminum successioni agnatorum hic constitutum, multa suadent. Primum enim cur decimi gradus mentionem Imperator facit, si etiam ultra decimum agnati admittantur? Deinde cùm utrumque dicat, agnatos succedere etiam qui in decimo gradu sunt, & cognatos usque ad sextum, ratio pati non videtur ut dicamus, non numero successionem terminari, altero non item. Postremo nisi finis aliquis successioni agnatorum statuatur, vix unquam ordini tertio aut quarto, in quo sunt vir & uxor, locus futurus est. Hoc igitur posito, decimo gradu terminatam fuisse successionem agnatorum, dicendum est, æquato cum agnatis jure cognatorum, *dict. Nov. 118.* utrosque jam ad decimum gradum admittendos esse, non ultra. Quod & vulgo receptum est, testibus Joan. Fab. Ang. Porc. Mynf. Schneid. Wesemb. & apud nos servari tradit Grot. *lib. 2. introduct. cap. 30.* Sed in contrarium movet, quod supra Justinianus tradidit, jure agnationis hæreditatem ultro citroque capi, etiamsi longissimo gradu sunt, *§. 3. in pr. de leg. agn. success.* quod & mox ibidem repetit iterum *§. ultim. infr. de serv. cogn.* Item quod Ulpian. *l. 2. §. 1. de suis & legit.* definit, agnatos esse cognatos virilis sexus ab eodem ortos in infinitum: in qua definitione effectum & jus succedendi Jurisconsultum considerasse perspicuum est: ideo enim virilis sexus tantùm meminit, ut significet masculos solos, non etiam fœminas agnatas, consanguineis remotiores, jus legitimæ successionis habere, *§. 3. sup. de leg. agn. succ.* Et denique quod lex XII. tabularum simpliciter & sine ulla determinatione gradus, si sui hæredes non extent, proximum agnatum familiam habere jubet. Nec difficilis responsio est ad ea, quæ pro communi sententia proferuntur. Nihil enim prohibet, quominus dicamus, exempli tantùm gratia hic decimi gradus mentionem fieri. Non enim eodem modo de agnatis & cognatis Imp. loquitur. De agnatis non loquitur determinativè: sed ait, eos suc-

succedere, etsi decimo gradu sint, utens rotundo & certo numero pro incerto. De cognatis contra determinativè: ait enim, eos succedere usque ad sextum gradum. Porro facile evenire potuit, ut defunctus vel nullos agnatos relinqueret propter emancipationes, vel ut agnati in suo ordine non succederent, puta si proximus defecisset, §. *placebat*. 7. *sup. de leg. agn. succ.* His jam consequens est, post *d. Nov.* 118. etiam cognatos ultra decimum gradum succedere debere, ut etiam in *fin. c.* 3. *d. Nov.* omnes deinceps à latere cognati simpliciter & sine ulla determinatione vocantur. Quæ sententia Baroni quoque & Bachovio probatur, item Gudelino *lib.* 2. *de jur. nov. cap.* 15. & Valent. Forstero *d. tract. lib.* 3. *c.* 10. *ni fin.* sed is in eo fallitur, quod ita etiam moribus receptum putat; contrarium enim testantur pragmatici illi omni exceptione majores, quos ante citavimus: & apud nos constat, deficientibus cognatis decimi gradus bona defuncti ad fiscum devolvi. Grot. 2. *manud.* 30.

Sobrino Sobrinaque nato natave) Bonorum possessio, ait Ulp. quæ ex hac edicti parte datur, cognatorum sex gradus complectitur, & ex septimo duas personas, sobrino & sobrina natum & natam, *l.* 1. §. 3. *unde cognat.* Propter has autem duas personas, quæ ex septimo veniunt, Paulus videtur septem gradus constituisse, *lib.* 4. *sent.* 11. *in fin.*

Ratio succedendi ab intestato ex jure novissimo.

Quemadmodum fundamentum successionis antiquæ fuit conservatio gentium; ita Justinianus naturæ sequutus simplicitatem, eos ad successionem vocavit *Nov.* 118. quos defunctus quàm maximè dilexisse censetur, id quod & aliis gentibus placuisse novimus. Grot. *de J. B. & P. lib.* 2. *cap.* 7. §. 3. Quum itaque jam pridem observassent philosophi, ὅτι μᾶλλον συνῳκείωται τό ἀφ' ὗ τῳ γεννηθέντι, ἢ τὸ γινόμενον τῷ ποιήσαντι, τὸ γὰρ ἐξ αὐτοῦ οἰκεῖον τῷ ἀφ' ὗ, *magis adfici caussam gignentem erga genitum, quam genitum erga gignentem: idque quod ex aliquo ortum est, id ei quasi proprium esse*: præter caussam autem gignentem & genitum magnum inesse momentum ταὐτῷ αἵματι καὶ ταὐτῇ ῥίζῃ, *eidem sanguini & eidem radici*: Arist. *Ethic. ad Nicom. lib.* 8. *cap.* 12. consequi videbatur, ut successio primum DESCENDERET; si quo descenderet, non esset, ASCENDERET; si nec ascendere posset, ad LATUS divergeret. *Nov.* 118. *præf.* Hein.

De successione liberorum.

1 *Jure Novell. liberos omnes, non habita ratione familiæ, sexus, gradus, cæteris omnibus in successione parentum præferri; & quæ inde consectaria.*
2 *Duæ causæ, in quibus alia persona cum liberis admittitur.*
3 *Quis succedendi in hoc ordine modus.*
4 *De liberis legitimatis, illegitimis, & adoptivis, remissivè.*

Succedentium ab intestato tres ordines Justinianus novissimè facit *Nov.* 118. Primus est descendentium sive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, solosque admitti ad hæreditatem parentum intestatò mortuorum, & ita admitti omnes, ut neque sexus, neque familiæ, neque gradus ulla prærogativa esset: sed sive masculi sint, sive fœminæ, sive ex masculis, sive ex fœminis descendant, & sive suæ sint potestatis, sive sub potestate; primi sive inferiorum graduum, adscendentibus omnibus & lateralibus præponerentur, *d. Nov.* 118. *c.* 1. Ex quo primum intelligimus, liberos emancipatos in hac successione suis sic exæquari, ut illi jam non maplius indigeant auxilio prætoris. Etsi nihilominus ad acquirendam hæreditatem eamve ad quoscumque hæredes transmittendam, necessaria iis sit aditio, uti & iis, qui ex fœminis descendunt, ut bene doctissimus Vigl. in §. *sed hæc*. §. *sup. de exhær. lib.* Deinde sic admitti, ut etiam patri, in cujus potestate defuncti fuerant, præferantur in iis bonis, quæ patri ex constitutionibus non acquiruntur; quod etiam expressè *d. c.* 1. cautum est. De pluribus autem gradibus liberorum sic statuit: vivos quidem liberos primi gradus obstare nepotibus ex se natis in successione avi; illis autem mortuis, nepotes in locum eorum succedere, & admitti ad successionem avi, sive soli sint, sive cum filius defuncti, iisdemque thiis suis concurrant; ut jam olim juris fuit in nepotibus suis hæredibus, §. *cum filius*. 6. *sup. de hær. quæ ab intest.* Quid si filius emancipatus sit, nepos in potestate retentus? Dicendum est, filium solum excluso nepote admitti, ut nunc amplius locus non sit edicto *de conjungendis cum emanc. lib. arg. d. c.* 1. quod & D. Gudelinus *lib.* 2. *de jur. nov. c.* 13. post. D. Wesemb. *in pr.* ad istud edictum, rectè observavit: utut id negent Cujac. *ad hanc Nov.* & Hotom. *ad calcem tit. de hær. quæ ab int.* Duo tantùm sunt casus, quibus parens superstes cum liberis ad certam partem jure singulari admittitur; pater in usumfructum virilis pa-

tris,

tris bonorum, (quæ ex hæreditate materna ad filios emancipatos pervenerunt *l.* 3. *C. de bon. matern.*) conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili usufructus eorum, *Nov.* 53. *l. ult. Nov.* 117. *cap.* 5. *auth. præterea. unde vir & ux.* de quo pluscula D. Tuld. *comm. de hær. quæ ab int. cap.* 14. Cæterum neutrum horum jure patrio obtinet. Modus succedendi in hoc ordine talis est. Nepotes sive soli sint, diversarum tamen stirpium, sive cum thiis suis concurrant; succedunt in stirpes: quoniam jure repræsentationis semper veniunt, ut scilicet in parentis demortui locum succedant, non habita ratione, cujus sexus parens fuerit, aut an liberos in potestate habuerit, nec ne, *dict. cap.* 1. quod repræsentandi jus etiam in pronepotibus, & deinceps cæteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui sunt gradu proximiores: per §. *ult. sup. de hær. quæ ab int.* Liberi verò omnes, qui ejusdem sunt stirpis & gradus, in capita succedunt, id est, viritim, ut æqualiter hæreditas inter eos dividatur, *d. l.* 1. *facit* §. 6. & *d.* §. *ult. de hær. quæ ab int.* Sciendum autem est, Justinianum toto *d. cap.* 1. *Nov.* 118. loqui de solis liberis natis ex justo matrimonio; quibus tamen etiam exæquati sunt in hac causa liberi legitimati, §. 2. *sup. d. tit.* ut diximus *Nov.* 74. & 89. De illegitimorum successione alibi tractavimus, §. *pen. sup. de Senatusconf. Orfic.* In successione adoptivorum sequendum, quod constitutum est *l. penult. C. de adopt.* de quo non uno loco disseruimus sub *tit. de hær. quæ ab intest.* Sæpe etiam alibi monuimus apud nos adoptionem in usu non esse, certè non tribuere jus liberorum, aut cognationis omnino, ut sub *rubr. de adopt.* & sub *tit. de exhær. lib.*

De successione parentum.

1 *In hoc ordine quis succedendi modus; & an referat, unde bona obvenerint?*
2 *Qui pariter cum adscendentibus admittantur, & in quam partem?*

SEcundus ordo adscendentium est, sive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum suorum hæreditatem vocantur hoc modo. Si nec fratres defunctus reliquerit, succedunt soli, & soli inter eos, qui sunt gradu proximi, *d. Nov.* 118. *c.* 2. Et siquidem ex eadem sunt linea, succedunt in capita: quippe in hoc ordine locum non habet repræsentatio, *d. c.* 2. *auth. defuncto. C. ad Sen. Tert.* sin ex diversa tamquam in stirpes, ut semissem unum paterni, alterum materni, licet impares numero, consequantur, *d. c.* 2. Nec attenditur, unde bona aut major bonorum pars defuncto obvenerit, à paterna linea, an è materna, per *d. c.* 2. *vers. si autem.* Gudel. *lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 14. Fab. *C. suo, lib.* 6. *tit.* 33. *defin.* 2. Quod si cum adscendentibus inveniantur simul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti, non soli parentes ad hæreditatem admittuntur, sed una cum horum proximis fratres & sorores superstites: quæ successio in capita est, & hoc singulare habet, quod nec usufructus portionis fratribus delatæ parentibus, quorum in potestate sunt, acquiratur, *d. c.* 2. *vers. si verò.* Postea cum parentibus, & fratribus germanis admissi etiam eorum fratrum demortuorum filii in stirpes, data his portione, quam pater eorum superstes accepturus fuisse, *Nov.* 127. *c.* 1. *auth. cessante. C. de leg. hær.* Nepotes ex fratre non idem juris habent, neque fratres consanguinei tantùm cum patre, aut uterini cum matre admittuntur, per *d. c.* 2. *auth. defunct. C. ad Senatusc. Tert.* ubi DD. Sed nec fratrum germanorum filii soli cum parentibus ex *d. Nov.* 127. succedunt; verùm ita demum, si fratres concurrant. De parentibus illegitimis statuendum ex successione liberorum illegitimorum: de adoptivis ex jure veteri & *l. pen. C. d. adopt.*

De successione lateralium.

1 *Qui primi in hoc ordine; & qua ratione vocentur?*
2 *Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes succedant?*
3 *Qui secundo loco veniant: & utrum fratres consanguinei & uterini concurrentes ex æquo in bona omnia defuncti fratris, an illi in paterna, hi in materna succedant?*
4 *Qui, qua ratione postremo loco vocentur.*

TErtius ordo collaterales habet, qui omnes ex *d. Nov.* 118. *cap.* 3. veniunt remoto discrimine sexus, agnationis, cognationisve. Hos inter primum locum obtinent fratres sororesque germani seu ex utroque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii jure repræsentationis, ut tantum ferant, quantum pater eorum habiturus fuisset, & quamvis soli sint, præferuntur tamen defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantùm latere defuncto conjunctis, quemadmodum pater eorum, si vixisset, iisdem defuncti fratribus, & tam consanguineis, quàm uterinis præferendus fuisset, *d. c.* 3. *auth. itaque. C. comm. de success.* Omnia con-

contra rationem juris veteris, quo jure fratres, qui tantùm consanguinei sunt, idem jus habent, quod germani; & ad patruos æquè ac ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet; nec non ad avunculos æquè, atque ad filios sororum honoraria, *l. 1. §. pen. unde cogn.* vid *sup. de legit. agn. succ. & de success. cogn.* Illud non satis expeditum est, non fratrum filii, quando soli existunt, in stirpes, an verò in capita ex jure novissimo succedere debeant. Accursius censuit, etiam tunc in stirpes succedere, Azo contra in capita. Uterque magnos habet propugnatores, quos vid. apud Forster. 8. *de success. ab intest. cap.* 3. Fachin. *6. cont.* 3. Mihi semper probabilior visa est Azonis sententia: propterea quod juri veteri & constitutionibus quoque posterioribus consentanea est, §. *hoc etiam.* 4. *sup. de leg. agn. success. l.* 2. §. 2. *de suis & legit. l. pen. fin. & ultim.* §. 3. *C. de legit. hær.* nec ostendi potest, Justinianum quicquam, quod quidem ad hanc causam attinet, innovasse. Nam quod Accursius eumque secuti ajunt, constitutione Justiniani filios fratrum jure repræsentationis vocari, atque ex eo sic argumentantur. Qui jure repræsentationis succedunt, illi non aliter succedere possunt quàm in stirpes, cùm non amplius possint accipere, quàm is, cujus locum repræsentant, accepturus fuisset, §. *cum filius.* 6. *sup. de hær. quæ ab int.* At filii fratrum succedunt jure repræsentationis, *d. c.* 3. *Nov.* 118. Ergo. Ad hoc respondeo, falsam esse istius argumentationis assumptionem, si in sensu diviso, de quo quæritur, accipiantur, hoc est, quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianus in *d. c.* 3. eo tantùm casu jus repræsentationis filiis fratrum concedit, quando concurrunt cum patruis aut avunculis suis: quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint; quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, quibus ne injuria fieri videatur, jus repræsentationis introducendum fuit, ut in patris locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non est, cùm soli reperiuntur: & propria ex persona succedere possunt. Non obstat exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patruis, sive soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem planè esset ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit, ut nimirum parentum suorum locum in succedendo perpetuo occupent. Nam hæ duæ species certo jure distinctæ sunt. In linea recta descendentium numquam proximitas spectatur, *d.* §. *cum filius.* 6. & §. *ult. de hær. quæ ab int.* in linea collaterali perpetuo & sola, *sup. de leg. agn. succ. in pr. & in pr. de succ. cogn. l.* 3. *C. de legit. hær.* unde unum tantum casum, eum quem diximus, excepit Justinianus. Atqui ajunt, fratris filii excludunt defuncti patruum, qui eodem gradu est, *d. c.* 3. hoc verò certum esse argumentum, eos non jure proximitatis, sed repræsentationis, succedere. Respondeo, excludunt & fratrem ex uno tantum latere defuncto conjunctum, qui non gradu est proximior; nec tamen inde sequitur, quod putavit Fachin. *d. loc.* eos hoc casu succedere jure repræsentationis; non magis quàm si dicam, filius & filia defuncti patrem & matrem excludunt, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure repræsentationis. Sed & frater ex utroque latere conjunctus præfertur fratri ex altero latere conjuncto dumtaxat, qui tamen eodem gradu est, non tamen jure repræsentationis. Quo igitur? Non alio, quàm proximitatis; quia tertium non datur. Concludo igitur, fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant, exclusis iis, qui eodem gradu aut etiam proximiore sunt, si illorum jus sit potius, ut ex constitutione Justiniani est jus filiorum fratrum, tamquam descendentium, quàm patruorum aut avunculorum, qui instar sunt adscendentium: & jus plenorum sive germanorum fratrum, & horum item filiorum propter duplex sanguinis vinculum, quàm consanguineorum tantùm aut uterinorum, *Nov.* 84. *c.* 1. §. 1. Nec dicat quis, hoc jure posito magnam liberis fratrum inferri injuriam si forte unus plures, alter pauciores reliquerit. Nam ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio est, neuter lædi videtur, *l. si pater.* 12. *C. de inoff. test.* Azonis sententia constitutione Caroli V. in Comitiis Spirensibus confirmata est anno 1529. probataque & Gallicanis Parlamentis Papon. *lib.* 21. *tit.* 1. *arrest.* 11. & 12. Maynard. *lib.* 6. *decis.* 92. *n.* 3. Costal. *in l.* 1. §. *ult. C. si pars hær. pet.* & plerisque aliis supremæ jurisdictionis Curiis Thesaur. *dec.* 162. Ant. Fab. *C. suo, tit. de legit. hær. defin.* 1. Christin. *vol.* 1. *dec.* 194. Atque ita quidem ego olim pro Azone. Cæterum postea dum singula *d. c.* 3. *Nov.* 118. enucleatius examino, vereri cœpi, ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sanè verbis *d. c.* 3. Azonis opinio minus convenire mihi visa, nisi cum Fachin. *d. loc.* eam sic limitemus, ut eo dumtaxat casu procedat, quo fratrum filii ex propria persona veniunt: non autem quando vocantur ad exclusionem aliorum, qui alias aut cum iis concurrerent, aut eos ipsos excluderent: de quo nos opulentius

3 *lib. 2. select. quæst. c.* 30. Post fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur fratres consanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in stirpes, *d. Nov.* 118. *c.* 3. *auth. post fratres. C. de leg. hær.* Atque hoc ex æquo succedere in omnia fratris defuncti bona, sive ea paterna sint, sive materna, sive quæsita aliunde, magna causa est cur existimem: licet DD. comm. contra sentiant, & consanguineis paterna, uternis materna assignent, aliunde quæsita demum æqualiter censeant distribuenda: uti & Forster. *l.* 8. *c.* 8. Gomez. *ad l. Tauri.* 8. *num.* 8. Gudelin. *lib. 2. de jur. nov. c.* 15. Nam primum bona cujusque undecumque profecta unum & simplex patrimonium ejus constituunt, atque ex vera ratione juris succesio fit in bona universa, æqualique jure succedentes æqualiter defunctum repræsentant: qua eadem ratione plerique defendunt, parentem liberis suis, remota quæstione unde bona obvenerint, succedere. Forster. *lib.* 7. *cap.* 4. *num.* 6. *& seqq.* Fachin. *6. cont.* 4. Covar. *epit. de succ. ab intest. num.* 3. Deinde Justinianus primo utrinque conjunctos simpliciter præfert conjunctis ex uno latere, ac mox post illos etiam hos indistinctè vocat. Quod si causa & origo bonorum spectaretur, vide quæ huic rei sint consequentia. Unum est, ut consanguinei cum germanis admittantur ad bona paterna, uterini cum iisdem ad bona materna. Secundum, ut admittantur & multo magis cum eadem distinctione bonorum consanguinei & uterini cum fratrum germanorum filiis. Etenim in bonis, quæ v. c. à communi patre provenerunt, nihil operari potest aut debet concurrens in altero fratrum defuncti à matre cognatio; aut efficere, ut is ob eam causam præferri debeat conjuncto tantum per patrem, si unde bona obvenerint, non jus succedentium consideremus: quemadmodum in feudis constat consanguineos á germanis non excludi. Alvarot. *in tit. de success. frat. §. in his verò. lib. 2. Feud. tit.* 11. Curt. *tract. de feud. part.* 3. *n.* 56. Denique si defunctus nulla bona materna habeat, sed paterna dumtaxat, uterinum hac ratione frater consanguineus in totum submovebit. Quæ quidem omnia & cum verbis & cum mente Justiniani in *d. c.* 3. *Nov.* 118. pugnare videtur, consanguineos & uterinos simpliciter & pari jure ad successionem intestati fratris vocantis. Communis opinio fundatur in *l. 2. de emancipatis.* 3. §. 2. *C. de legit. hær. & Nov.* 84. *cap.* 1. §. 2. Sed verissimum est, minimèque obscurum, quod etiam D. Gothofr. *ad d. l.* 13. notat, textus istos per hanc Novellam nostram abrogatos esse: quippe in quibus pater fratribus omnibus postponitur: nec tamen alio casu, quàm cùm pater adhuc vivit, & usumfructum consequitur, ex eadem matre nati in bonis, quæ à matre profecta sunt, consanguineis præferuntur. Postremo veniunt cæteri collaterales, & tam ex uno latere, quàm ex utroque cognatione juncti. Quo autem quisque proximior est, in alterum excludit. Si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam dividunt, *d. Nov.* 84. *c.* 3. *in fin.* Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda sunt. Unum est, quod qualitas duplicis conjunctionis sive plenioris sanguinis non consideratur ultra fratres eorumque filios; alterum, quod jus repræsentationis in hoc ordine fratrum filii terminant. De successione lateralium illegitimorum plenè diximus sub §. *pen. de success. cogn.* De lateralibus adoptivis ad §. 2. *de legit. agn. succ.* 4

Forma succedendi ab intestato apud Hollandos & Westfrisios.

1 *Quibus in oppidis & agris Scabinico olim jure, & in quibus Æsdomico circa successionem ab intestato usi.*

2 *Successio Scabinica qualis, & quo fundamento nitatur?*

3 *Juris Æsdomici ratio, & qualis ex eo jure successio?*

4 *Jus uniforme introductum constitutione polit. an.* 1580. *sed ab eo recessum an.* 1599. *ut jam iterum duplex apud nos sit succedendi ratio.*

5 *Communia utriusque juris in successione descendentium & ascendentium.*

6 *Uno ex parentibus defuncti liberos non relinquentis mortuo, quid juris apud meridionales, ubi viget constitutio politica?*

7 *Quæ circa successionem collateralium juxta d. constitutionem in universum tenenda?*

8 *Notatur insignis differentia inter jus Rom. & hoc nostrum, circa jus repræsentationis in linea transversa.*

9 *Quid si nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent? & quid si aliquid d. constitutione omissum, ex quo jure de eo statuendum?*

10 *Forma succedendi apud Septentrionales & Vvestfrisios ex placito de success. ab intest. edito anno* 1599. *si defunctus nec liberos reliquerit, & alterum tantùm parentum superstitem habeat.*

11 *Decisio controversiæ cujusdam ortæ ex verbis finalibus art.* 3. *d. plac.*

12 *Quomodo successio collateralium juxta d. placit.*

cit. procedat?

13 *Quando avus & avia, fratrum pronepotes & deinceps, & quam in partem singuli vocentur?*

14 *Quando & quomodo patrui, avunculi, & his deficientibus cæteri?*

15 *Quomodo divisio fiat, si cum fratrum filiis nepotes ex fratre concurrant?*

16 *Discrimen bonorum in nulla harum successionum attendi.*

17 *Quod d. placito definitum non est, ad cujus juris normam id exigendum?*

18 *Quando & quibus in bonis prædictæ constitutiones non obtinent?*

1 IN his regionibus duplex ratio succedendi ab intestato, eaque toto inter se cœlo distans, usurpata quondam fuit, una ex jure Zelandico, quod nostri *Scabinicum* appellant, altera ex veteri jure Frisiorum, quod *Æsdomicum* sive *Asingicum* dicimus. Illo utebantur urbes & agri Hollandiæ meridionales, quæ scilicet Rheno & Mosa fluminibus concluditur, cujusque caput est Dordracum: hoc in urbibus & agris trans Rhenum & Yssalam ad Aquilonem positis usitatum erat, videlicet in Noordhollandia, Kennemarlandia, Westfrisia, atque in tota etiam Rhynlandia, licet magna hujus territorii pars cis Rhenum sita sit ad Africum. Cæterum Hagacomitatenses & Roterodamenses, quamvis ad plagam Yssalæ septentrionalem positi, Scabinico jure usi sunt.

2 Juris Scabinici seu successionis Zelandicæ hoc fundamentum fuit, *'t Boedt moet gaen van daer 't gekomen is*: hoc est, bona eo redire debent, unde profecta sunt, quod tamen sic acceptum, ut liberi semper in locum parentum veniant una manu, ut scilicet non plus omnes accipiant simul, quàm parens eorum habiturus fuisset. Hoc principio posito, graduum aut proximitatis ratio non magnopere habenda fuit; sed potius spectandum, unde bona ad defunctum per successionem pervenerint aut pervenire potuerint. Hinc est, quod si liberi non extarent, prima in successione causa utriusque simul parentis erat, nimirum qui bona defuncti ab iis profecta censebantur, non quod primo essent gradu. Indidem est, quod altero parente mortuo, nec superstes, nec fratres, nec ulli alii per eum defuncto juncti ad hæreditatem partemve ullamve hæreditatis admittebantur, sed cognati parentis præmortui, etiamsi remotioris essent gradus. Hinc item est, quod utroque parente mortuo fratres germani in concursu cum consanguineis & uterinis, aut horum alterutris, duplici divisione utebantur. Ne plura commemorem, verum juris Scabinici schema nobis exhibet constitutio politica edita an. 1580. excepto quod infinitam collateralium repræsentationem ad fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filios restringit. Jus Æsdomicum contrario fundamento nititur, hoc nimirum, *'t Naeste bloedt, beurd het goedt*; id est, proximus sanguine, proximus successione: ita tamen ut hoc jure nihilominus descendentium causa potior esset, quàm adscendentium; atque adscendentium, quàm lateralium. Cùm ergo in unoquoque ordine solam hìc proximitatem & gradum spectari placeret, hinc eveniebat, ut ne in liberorum quidem ordine repræsentationi locus esset, sed filii excluderent nepotes, hi pronepotes, &c. ut nulla germanitatis, consanguinitatis, aut uterinitatis haberetur ratio; ut pratrui & avunculi, amitæ & materteræ cum fratrum & sororum filiis in capita succederent, denique collaterales omnes, uti quisque gradu esset proximus. Plura qui hìc nosse desiderat, adeat D. Neostad. *de pact. anteaupt. obs.* 2. D. Grot. *lib.* 2. *manuduct. ad Jurispr. Batav. cap.* 28. Jho. Arn. Corvin. *in erot. subj. tit. lib.* 3. *inst.* Ex duobus his tam dissimilibus tam difformibus succedendi modis tamdem jus simplex atque uniforme conflatum est, quod sine distinctione in locis omnibus hujus Provinciæ servaretur. Id effectum AA. Ordinum constitutione politica anno 1580. Cæterum cùm ea constitutio propemodum in omnibus partibus sequeretur jus Scabinicum, illi autem, qui juri Æsdomico assueti erant, exceptis paucis modiis Rhenum inter & Yssalam, adduci se non paterentur, ut à jure majorum, præsertim quatenus parentibus favebat, tam longè, quantum d. constitutio, recederent, concessum postea est his quærentibus jus speciale, ex Æsdomico & Scabinico mixtum ac temperatum: quod factum anno 1599. cõstitutione sive placito de successione ab intestato: in cujus placiti principio urbes & agri enumerantur, quibus petentibus hoc jus indultum est. Ex quo tempore iterum diverso jure in causa successionis ab intestato uti cœpimus: alio in oppidis & agris Hollandiæ meridionalis; alio in Noord. Hollandia & Westfrisia, illic eo, quod in commune sancitum est anno 1580. hìc illo temperato, quod specialiter constitutum anno 1599. præterquam in pagis quibusdam & vicis, iis nimirum, quos nominatim hæc constitutio excipit. 4

5 Utroque jure in successione ab intestato prima causa est liberorum, in qua successione gra-

gradus non quæritur, sed cum liberis primi gradus succedunt & liberi gradus secundi aut inferiorum jure repræsentationis seu in stirpes, ut tantùm portionem accipiant, quantam parens eorum laturus fuisset, *art.* 20. *const. polit. art.* 1. *placit. de success. ab int.* in quo nihil dissonum à jure Romano; uti neque in eo, quod liberi, qui aliquid à parentibus acceperunt extra causam simplicis donationis, veluti ad subsidium matrimonii, ad mercaturam, aliamve negotiationem exercendam promovendamve, id fratribus consortibus in divisione hæreditatis conferre debent, *art.* 29. *d. const. polit. l. pen.* §. 1. *C. de collat.* Igitur quod descendentes attinet, uno communi jure per totam Hollandiam & Westfrisiam utimur, scripto Romanorum per omissa consentaneo. Illud quoque in commune statutum & receptum est, ut deficientibus liberis defuncti si uterque parens primi gradus, sive pater & mater adhuc vivant, hi soli ad universam liberorum suorum successionem veniant, & fratres quantumvis germanos, eorumque filios excludant, quos simul admittit Justinianus, *art.* 21. *d. constit.* & *art.* 2. *d. placit.* Altero verò parente mortuo, jus variat. In omni autem successione, si fortè brevitatis causa masculorum tantùm mentionem faciemus, memento, ne eorum appellatione etiam fœminas cognatas 6 complecti. In Hollandia meridionali, ubi antea mero jure Scabinico seu Zelandico utebantur, recepta est in omnibus partibus dicta constitutio politica anni 1580. qua constitutione, quantum attinet casum propositum, cautum est, ut altero è parentibus defuncti, de cujus successione agitur, mortuo, parens superstes à successione excluderetur, neu quis alius descendentium, rupto morte unius è conjugibus thoro, ad liberorum suorum successionem venire possit, *art.* 22. & 26. *d. const. polit.* Uti si in cognatione paterna vel materna aut utraque reperirentur avus & avia ambo adhuc superstites, hi defuncti thiis ex eodem latere, eorumque liberis præferantur, *art.* 25. *dict. const.*

De successione collateralium juxta *d. const. polit.* hæc ante omnia & in universum tenenda 7 sunt. Primum uno ex primi gradus parentibus defuncti, qui liberos non reliquit, mortuo, sicut parens superstes aliique per hunc parentem adscendentes, à successione removentur, ita nec ullos laterales per eumdem parentem superstitem defuncto conjunctos ad successionem ejus vel in totum vel ex parte venire posse. Secundo, mortuo utroque parente, hæreditatem tunc dividi in duas æquales partes, quarum alteram paterni, alteram materni ferant; nec considerari, utrum à parte patris, an à parte matris major pars bonorum obvenerit. Tertio uno dumtaxat parentum mortuo, totam hæreditatem ad eos solos pervenire, qui ei, de cujus successione agitur, per illum parentem mortuum conjuncti sunt. Quarto hinc esse, quod mortuo patre & matre fratres & sorores consanguinei cæterique collaterales ex uno tantùm latere defuncto conjuncti, admittantur solùm dimidiata seu semiplena manu, ita ut ex utroque latere conjuncti primo semissem totorum bonorum sibi vindicent: deinde alter semis inter eosdem & ex uno latere conjunctos dividatur: qui iisdem contra, uno ex parentibus mortuo, plena manu veniunt, si defuncto conjuncti sint per parentem demortuum. Hæc ita comprehensa sunt declaratione super ordinat. de success. edita anno 1594. Postremo & illud sciendum, quamquam hoc nunc per totam Hollandiam observatur, jus repræsentationis (quod est vetus jus Scabinicum) porrigi tantùm in linea transversali ad fratrum & sororum nepotes, & patruorum atque avunculorum filios inclusivè. Ubi notanda insignis inter jus Romanum & hoc nostrum differentia. Nam jure Romano in linea collaterali soli jus repræsentationis habent fratrum filii, nostro etiam fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filii: fratrumque præmortuorum filii & nepotes etiam tunc cùm soli sunt, non in capita, sed in stirpes jure repræsentationis succedunt. Inter cæteros autem laterales jus Æsdomicum servari, quo jure qui gradu proximior est, ulteriorum excludit, paresque gradu in capita succedunt, *art.* 28. *d. const. polit.* Quod autem apud Roterodamenses duobus gradibus ulterius, quàm dictum est, jus repræsentationis extenditur, ex speciali concessione est. Igitur vel utroque parente vel altero deficiente, fratribus & sororibus, & jure repræsentationis filiis eorum ac nepotibus defertur hæreditas: ut tamen in familia erciscunda, quod ad fratres & deinceps ex uno latere conjunctos attinet servatur illud discrimen, cujus modo mentio facta, *art.* 22. & *seqq. d. const. pol.* Si nec fratres nec fratrum filii aut nepo- 9 tes extent, tum hæreditas, ut dictum est, in duas partes secatur, quarum unam laterales paterni accipiunt, alteram materni, *art.* 17. *d. const.* Quod si contingat, adhuc avum & aviam simul, sive paternos, sive maternos, in vivis esse, hi soli in eo latere, in quo reperiuntur, hæredes erunt. Sed avo atque avia aut alterutro eorum mortuo, succedunt patrui

trui & avunculi, & jure repræsentationis sive in stirpes etiam eorum filii. In cæteris & remotioribus gradibus jus Æsdomicum servari placet, hoc excepto, quod fratrum pronepotes & deinceps, quamvis quinto aut ulteriore gradu sint, tamen in successione præferantur avo, aviæ, & qui supra hos sunt adscendentibus: item patruis, avunculis, eorumque liberis. Cæterum in capita, non in stirpes hæreditatem partiuntur, ut jam dictum est. Si quid inciderit, quod non satis expressè per. *d. const. pol.* decisum videri posit, de eo non ex jure Romano, quod nominatim d. constitutio abrogat *art.* 19. sed secundùm præcedentia theoremata, & porro ex jure Scabinico in locis, in quibus hoc usurpatum fuit, statuendum erit.

Apud Hollandos autem septentrionales & Westfrisios, qui antea simplici jure Æsdomico utebantur, hæc porro forma succedendi ex placito de success. ab intestato anni 1599. servatur. Mortuo uno ex primi gradus parentibus ejus, de cujus successione quæritur; & qui nec liberos reliquit, pareus superstes una cum fratribus defuncti & fratrum filiis ac nepotibus per repræsentationem ad intestati successionem admittuntur, *art.* 3. *de plac. de success. ab intest.* Cùmque jure Romano parentes cum fratribus defuncti vocentur in capita, *d. Nov.* 118. *c.* 2. hic parens superstes in semissem hæreditatis venit, alter semis inter cæteros dividitur. Cæterum hic etiam cum parente superstite admittuntur fratres ex uno latere, modo per parentem præmortuum defuncto conjuncti; eorumque filii & nepotes: cùm jure Romanorum soli concurrant fratres germani eorumque filii, non etiam nepotes; ut supra demonstratum. Quod si defunctus nullos fratres per parentem prædefunctum conjunctos habeat, tunc ad solum parentem superstitem tota successio pertinet, etiamsi prædictorum fratrum liberi supersint, aut etiam fratres defuncto conjuncti per parentem superstitem dumtaxat. Quod deficientibus fratribus [11] germanis nihilominus cum parente supestite admitti dicimus fratres ex uno parente conjunctos, dum ex præmortuo, id quidem verbis finalibus *d. art.* 3. *placit. de succ. ab int.* parum convenire videtur: sed tamen lite super ea re exorta inter patrem superstitem & fratrem defuncti ex præmortua matre, Curia provincialis secundùm fratrem pronuntiavit: & appellatione quoque deinde interposita, sententia Curiæ à supremo Senatu approbata est. D. Coren. *obs. rer. à sup. Sen. jud.* 29. Cæteri adscendentes demum post fratres eorumque filios & nepotes, uti quisque proximior est, vocantur, idque in capita, *art.* 7. *d. plac. de succ. ab intest.* Enimverò si defunctus non alios fratres aut fratrum filios neptesve reliquerit, quàm ex uno tantùm latere conjunctos, & ex altero latere avum aut aviam, aut his etiam remotiores adscendentes superstites habeat, hoc casu placet, prædictos fratres eorumque filios & nepotes jure repræsentationis succedere in unum semissem tantùm: alter semis proximo memoratorum adscendentium attribuitur, si plures sint ejusdem gradus, viritim distribuendus, *art.* 6. *d. placit.*

Collateralium autem successio sic secundùm [12] *d. plac.* procedit. Si neque liberi nec primi gradus parentes extent, fratres fratrumque filii & nepotes (qui hìc etiam cum altero parente superstite succedunt eo, quo supra diximus, modo) ad universa defuncti bona veniunt, videlicet fratrum filii & nepotes jure repræsentationis, *art.* 4. *d. constit. de success. ab intest.* Fratres germani eorumque filii & nepotes in concursu cum consanguineis & uterinis, germana divisione, hinc consanguineis, illinc uterinis eorumque filiis & nepotibus partem auferunt, *d. art.* 4. Quod si vel consanguinei tantùm, vel uterini tantùm, eorumve filii aut nepotes, cum germanis eorumve filiis aut nepotibus concurrant, tum duo semisses fiunt, quorum alter inter fratres vel consanguineos vel uterinos, eorumve filios, vel nepotes, & fratres germanos eorumve item filios aut nepotes dividitur; alterum soli sibi habent germani eorumque liberi, quos diximus, utpote qui ex hoc latere nullos alios cohæredes habent, *d. art.* 4. Si fratres germani eorumque liberi primi & secundi gradus deficiunt; extent autem fratres consanguinei & simul uterini, aut item utrinque horum filii aut nepotes; hoc casu bona in duas æquales partes dividuntur; quarum una distribuitur consanguineis, & filiis eorum ac nepotibus in stirpes; altera uterinis eorumque item filiis ac nepotibus simili modo in stirpes. Quod si fratres, fratrum filii, aut filiorum filii, qui supersunt, omnes ex uno dumtaxat latere defuncto conjuncti sint, tum hi fratres, sive consanguinei sive uterini, eorumque filii & nepotes, per repræsentationem in universa defuncti bona succedunt, nisi forte avus aviave, aut supra hos alii adscendentes (defuncto per alterum latus juncti) supersint: quo casu placet, memoratos fratres, sive consanguineos sive uterinos, eorumque filios & nepotes, jure repræsentationis admitti in semissem hæreditatis dumtaxat: in alterum semissem prædictos avum

avum & aviam aliosve adscendentes pro viri-13libus portionibus venire *art. 6. d. placit.* Post fratres omnes eorumque filios ac nepotes ad universam successionem defuncti vocantur avus, avia, & cæteri adscendentes jure proximitatis atque in capita: quod etiam locum habet, etsi ab una parte avus & avia, ab altera alter tantum supersit: atque ita porro in remotioribus adscendentibus pari gradu defuncto conjunctis, *d. placit. art. 7.*

Adscendentibus quoque cunctis deficientibus, tum proximi descendentes ex fratrum liberis secundi gradus, pronepotes fratrum scilicet & deinceps, qui quinto gradu aut ulteriore sunt, ad omnia bona defuncti veniunt, exclusis cunctis cæteris collateralibus. Succedunt autem non in stirpes, sed in capita, nec quæritur, utrum progeniti sint ex defuncti fratribus germanis, an consanguineis, uterinisve, *art. 8. d. plac.* Ac tametsi qualitas duplicis conjunctionis jure Romano ultra fratres eorumque liberos primi gradus non attenditur, hoc nostro tamen jure finitur demum in fra-14trum liberis gradus secundi. Post hos vocantur patrui & avunculi in capita, eorumque liberi primi gradus ex repræsentatione, succeduntque in omnia defuncti bona, sine inquisitione, utrum patrui aut avunculi per utrumque parentem patri defuncti juncti sint, an per alterum dumtaxat, *art. 9. d. plac.* Si nec patrui nec avunculi extabunt, soli sanguine proximi ad hæreditatem in capita veniunt, nullo item discrimine habito, utrum cognatio procedat à fratribus utrinque, an ex uno latere dumtaxat conjunctis. Et convenienter patrui magni & avunculi magni cum consobrinis æqualiter succedunt, *art. 10.* In successione collateralium repræsentationi locus non est, quando omnes, qui ad successionem vocantur, eodem aut pari gradu cognationis defunctum contingunt *art. 11. d. plac.* Cæterum si de-15functus non alios propriores cognatos reliquerit, quàm fratrum filios, & cum his item nepotem nepotesve alterius fratris, filio etiam hujus præmortuo, hoc casu fratrum filii succeduntin capita, nepotes fratris in stirpes seu jure repræsentationis, *art. 12.* Porro nulla in succes-16sione in locis commemoratis, ubi viget *d. plac. de succ. ab int.* attenditur, unde aut à qua parte bona profecta sint, neque utrum sint hæreditaria, an ex quæstu, aut aliunde obvenerint, *art. d. plac. 13.* Postremo si quid incidens17 videri possit, *d. constit. de succ. ab int.* non satis evidenter definitum, id non ad normam juris Æsdomici Scabinicive, aut constitutionis politicæ, (quippe quæ, quod ad successiones ab intestato in prædictis locis attinet, sublata est) sed ad rationem juris scripti Romanorum dirigendum erit, ut nominatim cautum *art. 14. d. constit. de succ. ab int.* Illud18 etiam sciendum est, prædictas constitutiones DD. ordinum non alias locum habere, quàm si testamentis, pactis antenuptialibus, aliisve modis, expressis *art. 19. & 29. polit.* aliter cautum non probetur. Successionibus quoque feudalibus nihil istis constitutionibus derogatum est; proinde in feudis antiqua & propria natura succedendi etiam tunc sequentia erit, de qua tractatum scripsit D. Neostadius piæ memoriæ, supremæ apud nos Curiæ quomdam Senator. add. D. Hug. Grot. *introduct. ad Jurispr. Batav. lib. 2. cap. 41.*

TITULUS SEXTUS.

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 10.

TEXTUS.

Continuatio, & Cognationis divisio.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio est parentum; inferior liberorum; ex transverso fratrum sororumve, & eorum, qui quæve ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverso numeratur, à secundo.

COMMENTARIUS.

1 *Causæ, ob quas cognationum gradus nosse oporteat: & cur seriem generationum gradus Jurisconsulti vocitent?*

2 *Qua serie gradus numerentur tum in generationis linea recta, tum in laterali.*

Non

1 Non unam ob causam Jurisconsultus cognationum gradus nosse debet: nam & legitimæ hæreditates & tutelæ ad proximum quemque agnatum redire censuerunt, & edicto prætor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem, *l. ult. in pr. de grad. & affin.* & jure novissimo ab intestato tam ad hæreditatem, quàm ad tutelam cognati omnes, id est, non tantùm agnati, sed etiam cæteri cognati, servata gradus prærogativa vocantur, *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. Præterea lege publicorum judiciorum contra certi gradus cognatos inviti testimonium dicere non cogimur, *l.* 4. *de test. dict. l. ult. de grad. & affin.* Sed & propter nuptias distinctio graduum cognationis cognoscenda est, maximè post jus Canonicum, quod hic diversa à jure civili dinumeratione uti cœpit: quàm differentiam, eo quod in causis matrimonialibus dumtaxat etiam in foro Ecclesiastico servatur, supra exposui ad §. 4. *de nupt.* Primus autem & potissimus hujus disputationis usus jure civili in hæreditatibus cernitur: atque ob hanc causam ait Imperator, necessarium esse hoc loco exponere, quomodo gradus cognationum numerentur. Itaque proposita primum divisione cognationis respectu linearum, in quibus gradus collocantur, gradus ipsos deinde specialiter enumerat, eorumdemque numerandorum rationem hoc titulo ostendit. Gradus Jurisconsulti μεταφορικῶς vocant ipsam generationum seriem, quod alii ab aliis, quasi gradibus quibusdam oriantur. Gradus, inquit Paulus, dicti sunt à similitudine scalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus, *d. l. ult.* §. *gradus.* 10. *de grad. & affin.*

Aliam supra, aliam infra, aliam ex transverso) Linea graduum cognationis duplex est: una recta & perpendicularis; altera transversa sive lateralis: illa vel est superior, in qua sunt parentes, id est, omnes adscendentes; vel inferior, in qua liberi, id est, descendentes; hæc eorum est qui ex latere veniunt, fratrum scilicet & sororum, & qui ex his generantur, item patruorum &c. Estque vel æqualis, in qua latera utrinque coeunt, quæ scilicet eorum est, qui pari gradu distant à communi parente: vel inæqualis, cum alter est remotior,

2 ut patruus & fratris filius. Recta linea & sursum & deorsum initium capit à primo gradu; transversa autem incipit à gradu secundo, *l.* 1. § 1. *l.* γίμματα. 9. *de grad. & affin. & hoc text. in fin.* Ut ecce, pater recta generat filium: filius recta generatur à patre: & ita deinceps adscendendo aut descendendo progrediendum, totidemque gradus numerandi, quot sunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio originem trahit, quàm de cujus hæreditate agitur, puta fratris ex patre aut matre, patrui & avunculi ex avo & avia: nam frater, verbi causa, à fratre non generatur, sed ut ortus utriusque auctor est communis parens, ita & conjunctio eorum ab eo pendet. Itaque quamvis gradus semper numerentur per generationes, id tamen in cognatione laterali fit serie nonnihil diversa. Etenim cùm à latere ad latus perveniri non possit, nisi per eum transeas, à quo veluti communi limiti utrumque latus descendit, necesse est primum ut ab eo, de cujus cognatione quæritur, ad communem cognationis auctorem, ἐπὶ τὸ τῆς συγγένειας αἴτιον πρόσωπον, ut Theoph. *de legit. agn. succ. in pr.* sursum progrediare, & inde rursus deorsum ad alterum; de quo & ipso quæritur. Quamobrem si quæratur fratre quoto gradu à fratre distet, primum ab uno fratre adscendendum est ad caput utriusque, patrem scilicet; deinde descendendum ad alterum fratrem, & comperiemus, fratres duobus gradibus inter se distare: ut ecce, ego genitus à patre meo; hìc habes unum gradum: idem pater meus genuit Titium fratrem meum; hic habes alterum. Pari ratione si quæras, quoto gradu patruus tuus tibi conjunctus sit, adscende primum ad avum vestræ cognationis communem limitem: deinde iterum descende ad ejus filium, qui est patruus tuus, & reperies eum tibi conjungi tertio gradu cognationis. In remotioribus longiori circuitu opus est: eadem tamen proportio servatur; numera enim generationes, & gradus numeraveris. Atque hoc est perspicua, germana, ipsique naturæ prorsus consentanea graduum numeratio.

Textus.

De 1. 2. & 3. gradu.

Primo gradu est supra pater, mater: infra filius, filia. 2. *Secundo gradu supra avus, avia: infra nepos, neptis: ex transverso frater, soror.* 3. *Tertio gradu supra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex transverso fratris sororisque filius, filia: & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est patris frater, qui Græcis πατράδελφος appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græcè μητράδελφος dicitur, & uterque promiscuè θεῖος appellatur. Amita est patris soror, quæ Græcè πατραδέλφη appellatur.* Ma-

Matertera verò matris soror, quæ Græcè μητραδέλφη dicitur : & utraque promiscuè θεῖα appellatur.

COMMENTARIUS.

IN his §§. nihil est, quod interpretem desideret. Nomina Græca, quæ hic addita, non sunt apud Cajum *l.* 1. §. 3. *&* 2. *seqq. de grad. & affin.* & quædam eaiam desunt, quæ aliter leguntur in aliis editionibus. Pro πατράδελφος & μητράδελφος apud Cujac. Hot. Cont. Wesemb. legitur πατρῶος & μητρῶος, quomodo & Theophilus habet. Illa autem πατραδέλφη & μητραδέλφη, non agnoscunt: nec satis Græca sunt: quoniam Græci non solent sic composita efferre terminatione fœminina : & disertè Pollux in ὀνομαστικῷ scribit, τὴν πατρὸς ἀδελφὴν πατράδελφον, τὴν δὲ μητρὸς μητράδελφον appellari : Θεῖ & θεῖα communia nomina esse constat, quibus promiscuè fratres & sorores tam patris, quàm matris appellantur. In calce §. 3. inter θεῖα & *appellantur*, in nonnullis editionibus interpositum est, *quæ etiam τιτθίς*, quod interserit etiam Theophilus, quamvis fortasſis de suo, ut paraphrastes. Planè Polluci τιτθὶς est ἡ μητράδελφος. Hesychio & Suidæ θεῖα, tam patris, quàm matris soror, sed apud hos legitur τηθίς. Fratris sororisque filii & filiæ speciale cognationis nomen apud Romanos non habent, *l. ult.* §. *tertio.* 14. *de grad. & affin.* Apud Græcos habent, & eleganter fratris filius ἀδελφιδοῦς, filia fratris ἀδελφιδῆ vocatur. Erasmus & Valla ἀδελφιδοῦς patrueles vertunt : quo nomine rectè notantur à D. Giphanio. Æacus Plutonis ἀδελφιδοῦς apud Lucianum, Jovis & Æginæ filius. Fratruelis. Gloss. gr. lat. ἀδελφιδοῦς, fratruelis, fratris filius, vel fraternus. VINN. Dicuntur, & NEPOTES, quamvis ea notio sequiorem Latinitatem sapiat. Vid. Casaub. ad Spart. *Hadr. cap.* 2. Voss. *de vit. Serm. c.* 27. Attamen Ovid. 3. *Pont. eleg.* 3. ad Cupidinem :

Cæsar ab Ænea qui tibi fratre nepos.

quod notavit Barthius ad Guill. Brit. *p.* 431. Sæculo 4. Licinium *Constantini ex sorore nepotem* vocant. Hieron. *Chron. n.* 2330. & Oros. *lib.* 7. *cap.* 28. Quæ loca suppeditat V. C. Christ. Cellar. *in Cur. poster. p.* 235. HEIN.

TEXTUS.

Quartus gradus.

4. *Quarto gradu supra abavus, abavia, infra abnepos, abneptis : ex transverso fratris sororisque nepos neptisve : & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror : item avunculus magnus & matertera magna, id est, aviæ frater & soror : consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam rectè consobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos ; eos verò, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos propriè dici putant. Amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.*

NOTÆ.

4. *Quidam rectè consobrinos, &c.*) Qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt, fratres & sorores patrueles propriè appellantur, qui quæve ex duabus sororibus, consobrini consobrinaque, quasi consororini, qui quæve ex fratre & sorore, amitini & amitinæ, *l.* 1. §. 6. *l. ult.* §. 15. *hoc tit.* ubi tamen JCti testantur, hos omnes à plerisque conmmuni appellatione consobrinos vocari.

COMMENTARIUS.

HÆc quoque sunt perspicua quoad rem ipsam, illud tantùm notandum, quod tum qui ex duobus fratribus, tum qui ex duabus sororibus, item qui ex fratre & sorore nati sunt, propriis quidem nominibus distinguuntur, sed quorum plerisque vulgo promiscuè utimur. Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt fratres & sorores patrueles propriè appellari; qui quæve ex duabus sororibus, cosobrinos consobrinasque, quasi consororinos; qui quæve ex fratre & sorore, amitinos & amitinas dici tradunt Cajus *l.* 1. §. *quarto* 6. & Paul. *l. ult.* §. *quarto* 15. *de grad. & affin.* ubi tamen hos omnes à plerisque uno communi nomine consobrinos vocari testantur : quemadmodum apud Belgas quoque hi omnes dicuntur *Susterlingen*, quod respondet τῷ *consobrini*. Et quamvis amitini nunquam inter se duo sint, quoniam qui alteri amitinus est, is ab eo consobrinus nominatur, ut in *fin. hujus* §. etiam Justinianus indicat ; tamen ex sorore & fratre natos mutuo amitinos quoque dici significant. Ex quo hoc etiam apparet, consobrinorum nomen non posse restringi ad solos duarum sororum liberos : nam avunculi filium non alio nomine propriè appellare possum, quàm consobrini. In lege Pompeja de parricidiis appellatione patruelium videntur significari fratres & sorores consanguinei, matruelium uterini, *l.* 1. *de parricid.* nec enim potes illo loco patruelem & matruelem consobrinos interpretari cum Bacho-

chovio; tum quia non debent consobrini præponi patruo & avunculo : tum etiam quia eodem loco post patruum & avunculum collocantur consobrinus & consobrina , ut bene observavit D. Cujac. *6. obs. 17.* ubi refert, etiam Græcos patruelem interpretatos ὁμοπάτριον, fratrem sororemque consanguineos matruelem ὁμομήτριον , fratrem sororemque uterinos. Itaque & qui ex duabus fratribus orti sunt , fratres patrueles rectè appellabimus , & ipsos quoque fratres consanguineos : illos, quod per patres conjunganrur ; hos , quod eumdem patrem habeant. Idemque sentio de fratribus matruelibus.

Textus.

Quintus gradus.

5. Quinto gradu supra atavus , atavia : infra atnepos , atneptis : ex transverso fratris sororisque pronepos , proneptis : & convenienter propatruus, proamita , id est, proavi frater & soror : & proavunculus & promatertera , id est , proaviæ frater & soror : item fratris patruelis, vel sororis patruelis , consobrini & consobrinæ, amitini & amitinæ filius , filia : propior sobrino , propior sobrina. Hi sunt patrui magni, amitæ magnæ : avunculi magni , materteræ magnæ filius , filia.

Notæ.

5. *Propius sobrino*) Dicitur & propior sobrino , *d. l. 1. §. ult. l. ult. §. 16. vers. persona, eod.* & propior sobrinus, *l. 2. C. unde leg.* Græci σεθρίω ἐγγύτεροι appellant in *l. 2. C. comm. de success.*

Commentarius.

Propior sobrino) Proprior sobrino, sobrina, & propius sobrino , sobrina ; item propior sobrinus, sobrina, & propius sobrinus, sobrina, rectè omnimodo dicetur , *l. 1. §. ult. l. ult. §. quinto 16. vers. personæ de grad. & affin. l. 2. C. unde leg.* Paul. 4. *sent.* 11. Festus in verbo *propius.* Usitarius tamen est *propior sobrino*, pro quo Tacitus 12. *annal.* 64. dixit *sobrino prior. Lepida*, inquit, *minore Antonia genita, avunculo Augusto , Agrippinæ sobrinæ prior , &c. parem sibi claritudinem credebat.* Neque enim necesse est, ut cum Cujacio & Giphanio pro *prior* legamus *propior*; nam utrique voculæ eadem vis, ut bene Lipsius. Est autem propior sobrino sobrina, patris ejus , de cujus cognatione quæritur, consobrinus, consobrina , *d. l. 1. §. ult. & l. 2. eod.* cui vicissim ille est consobrini filius , *d. l. 1. §. ult. & hoc text.* Sic Lepida cùm esset Germanico , patri Agrippinæ , consobrina, (nam ab Agrippina vocata est sobrina propior) Agrippina illi consobrini filia. Verùm ut confusa est utrinque amitini & consobrini appellatio, ita factum arbitror , ut propiori sobrino ego etiam vocer propior sobrinus , *l. 2. C. unde legit.* Fest. *d. loc.* ubi ait , propius sobrino mihi esse consobrini mei filium & patris mei consobrinum.

Textus.

Sextus gradus.

6. Sexto gradu supra tritavus, tritavia , infra trinepos, trineptis ; ex transverso fratris sororisque abnepos , abneptis : & convenienter abpatruus, abamita id est , abavi frater & soror : abavunculus , abmatertera , id est , abaviæ frater & soror: item propatrui , proamitæ , proavunculi , promaterteræ filius; filia; item propius sobrino , sobrinave filius , filia : item consobrini , consobrinæ nepos , neptis : item sobrini , sobrinæ , id est , qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus , vel consobrinus , vel amitinis progenerantur.

Commentarius.

Item propius sobrino sobrinave , filius filia) Hæc verba omnino inducenda sunt, ut superflua. Etenim filii & filiæ propioris mei sobrini & sobrinæ , aut sunt mihi nepotes ac nepotes consobrini & consobrinæ , aut ipsi mihi sobrini & sobrinæ : quorum utrorumque mox fit mentio. Hoc autem dempto cætera rectè habent : neque aut plura demere cum Cujacio , aut ordinem mutare cum Hotomanno aut Vvesembecio necesse est. Omnino enim male Gothofredus verba ista retinuit: illa autem , *item consobrini* &c. expunxit.

Item consobrini , consobrinæ nepos , neptis) Hotomannus ex Cajo *l. 3. de grad. & affin.* sic restituit, *Item fratris patruelis , sororis patruelis, consobrini , consobrinæ , amitini , amitinæ nepos, neptis.* Nulla tamen necessitate : quoniam, ut supra notatum est , generali consobrinorum appellatione patrueles quoque & amitini continentur.

Qui quæve ex fratribus patruelibus) Sobrinorum nomina , ut patruelium & consobrinorum , inter se referuntur, ut qui mihi sobrinus est, ego ei vicissim sim sobrinus. Ne qui igitur ex hoc loco existimet , fratris , patruelis, &c. filium sobrinum dici. Sententia enim Imperatoris hæc est , utrinque sobrinos dici eos; qui ex duobus patruelibus ex amitino & consobrino , ex duobus item consobrinis nati sunt : quos nos *achterfusters Kinderen* vocamus.

mus. Hoc gradu propria cognationis nomina desinunt, *l. ult. §. ult. de grad. & affin.*

TEXTUS.

De reliquis gradibus.

7. *Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe semper generata persona gradum adjicit: ut longè facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quàm propria cognationis appellatione quemquam denotare.*

NOTÆ.

7. *Generata persona gradum adjicit*) Id est, unaquæque generatio gradum facit. Itaque ex numero generationum constituendus erit numerus graduum. Jus autem Canon. alia denumeratione utitur in linea transversa; quæ tamen in causis matrimonialibus dumtaxat servatur, *v. t. ad sedem. c. parentela, c. 35. q. 5.*

COMMENTARIUS.

GEnerata persona gradum adjicit) Quantum numerus generationum, tantumdem excrescit numerus graduum. Quippe unaquæque generatio gradum facit. Et ideo in quavis quæstione proposita videndum, quot inter utramque personam generationes extiterint, atque ex earum numero constituendus erit numerus graduum.

TEXTUS.

De gradibus agnationis.

8. *Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.*

COMMENTARIUS.

REcte Hotomannus hunc locum sic interpretatur, non quasi Justinianus dicere voluerit, agnationis gradus eodem modo numerari, sicut cognationis; tam enim agnatorum, quàm cognatorum hactenus mentio facta: sed hoc, etiam agnationis gradus eadem, quam modo dixit, ratione crescere, nimirum ut semper persona generata adjiciat gradum.

TEXTUS.

De graduum descriptione.

9. *Sed cùm magis veritas oculata fide, quàm per aures animis hominum infigatur; ideo necessarium duximus, post narrationem graduum, eos etiam præsenti libro inscribi, quatenus possint & auribus & oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.*

COMMENTARIUS.

REi cujusque cognitio certius ex oculorum sensu, quàm aurium percipitur. Cujus rei rationem Aristoteles περὶ αἰσθήσεως hanc affert, quod adspectus per se ac vi sua, nulliusque alterius opera percipit; auditus verò per acidens & opera aliena. Sanè quia quæ videmus in propinquo sunt, ideo ea nos magis afficiunt, quàm quæ audimus, quæ absunt fere, & ideo non ita movent. Poeta *in arte, v. 180.*

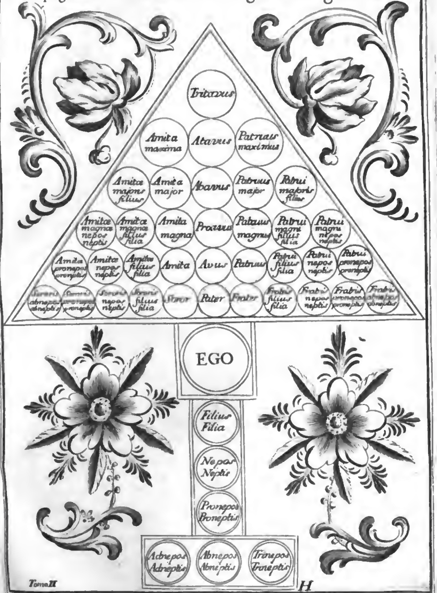
Segnius irritant animos demissa per aurem.
Quàm quæ sunt oculis commissa fidelibus.

Hoc Candaules credidit, & in Gyge cum amissione regni expertus est, quæ oculis hauriuntur, celerius ad animum accedere, quàm quæ aurium via manant. Polyb. 12. ὀφθαλμοὶ τῶν ὤτων ἀκριβέστεροι μάρτυρες

Præsenti libro inscribi) Hæc graduum cognationis descriptio periit temporum injuria. Sed nullo negotio similis delineari, & in tabula repræsentari potest, quod cùm etiam à plerisque factum sit, quorum commentarii in manibus candidatorum juris versantur, nobis nihil opus est, hic item tabulam aliquam exhibere.

TI-

TYPUS HIC REFERENDUS EST AD paginam 58. §. IX. Tituli VI. de gradibus Cognationis



Tomo II

H

TITULUS SEPTIMUS.

DE SERVILI COGNATIONE.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 2. *C. Lib.* 6. *Tit.* 4.

TEXTUS.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus, (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum, & undique confusum fuerat,) & hoc humanitate suggerente concessimus, ut si quis in servili constitutus consortio liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive ex servilis conditionis muliere; vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus, & ad libertatem his pervenientibus, ii qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint & postea ad libertatem pervenerint, ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos etenim liberos non solùm in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuam vocavimus ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur, qui in servitute nati & postea manumissi sunt, sive una cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eodem patre, sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis, ad similitudinem eorum, qui ex justis nuptiis procreati sunt.

NOTÆ.

Liberum vel liberos) *Liberum*, numero unitatis, v. *sup.* §. 2. *per quas perf.* Satis erat dicere, *liberos habuerit*, *l.* 148. *de verb. sign.* VINN. Eodem modo loquuti sunt veteres quidam Aurel. Victor: *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit.* Add. Quintil. *Declam.* 11. *l.* 33. *C. de inoff. test.* Ex instituto ea de voce disputant Voss. *de analog. lib.* 1. *cap.* 42. Munker. *ad Higin. fab.* 9. & V. C. Dukerus *de Lat. vet. JCt. p.* 385. HEIN.

Sive ex aliis nuptiis) Vide comm. etiam Cujac. & Hotom. *qualicumque copulatione.* Sed tamen nati ex nefario damnato coitu succedere nequeunt.

COMMENTARIUS.

NOtant fere recentiores omnes, in plerisque manuscriptis & in Græca paraphrasi hunc locum nullam novam inscriptionem habere; sed cohærere titulo præcedenti, cujus etiam partem esse arguit collatio ordinum & graduum, quæ hoc eodem loco instituitur. Sed age, rem ipsam videamus. Erimus autem tum in hujus, tum in sex proximè seqq. tit. explicatione solito breviores, ne nimirum hoc opus excrescat curiosa tractatione earum rerum, quæ nullum aut perexiguum usum nunc habent.

Ait, neque edicti prætoris eam partem, qua bonorum possessio cognatis defertur, neque legem ullam antiquam ad cognationes serviles pertinere. Ex Ulpian. *l.* 1. §. 2. *unde cogn.* & Paul. *l. ult.* §. *non parcimus* 5. *de grad. & affin.* Quod sic intelligendum est, non pertinere edictum aut leges antiquas ad servorum cognationem etiam postquam manumissi sunt; nam quamdiu servitutem serviunt, nec successorem habere possunt, nec ipsi alteri succedere, *l.* 4. *C. commun. de success.* neque novi juris quæ sequitur constitutio ad servos, quamdiu in servitute manent, pertinere potest.

Nec ulla antiqua lege talis cognatio) In causa videlicet successionis, de qua hic agitur. Nam in nuptiis etiam jure antiquo servilis cognationis ratio habetur, nuptiisque impedimento est, si forte pater & filia, frater & soror, manumissi fuerint, §. *illud.* 10. *sup. de nupt. l. adoptivus* 14. §. 2. & 3. *de rit. nupt.* Quo loco etiam diversi juris ratio indicatur, hæc nimirum, quod in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur. In successionibus autem naturalis servorum cognatio insuper habita fuit, *dict. l. ult.* §. *non parcimus* 5. *de grad. & affin.* Itaque si verbi causa, ancilla cum liberis, quos in servitute pepererat, manumissa fuerat, neque liberi ex Senatusconsulto Orficiano ad hæreditatem defunctæ matris, neque mater ex Senatusconsulto Tertylliano ad hæreditatem liberorum, & neque hæc, neque illi ad bonorum possessionem ex parte edicti unde cognati proximi, vocabantur: licet inter matrem & vulgo quæsitos invicem capiendæ hæreditatis & accipiendæ bonorum possessionis jus esset.

Sed nostra constitutione) Desideratur hæc constitutio. Epitomen ejus in membranis quibusdam Latinè expressam, atque à se repertam, Cujacius exhibet, *lib.* 20. *obs.* 34. in qua tamen epitome tantùm jura patronatus desiniuntur. Eodem loco repræsentat ex Basilicis constitutionem Græcam, quam putat esse integram hanc Justiniani. Sanè Græcè scriptam fuis-

fuisse testatur ipse Justinianus, §. 3. *seq. tit.*

Humanitate suggerente) Etsi servilis cognationis, quamdiu durat servitus, in causa successionis ratio haberi non potest, tamen servitute sublata. Atque adeo plenum humanitatis est, tunc in hac etiam causa cognationem illam naturalem spectari.

Ut hi omnes ad successionem) Igitur hac constitutione Justiniani nati ex servis ancillisve, si parentibus manumissis ipsi quoque manumissi sint superstites, eis ab intestato succedunt, exclusis patronis, à quibus ipsi antea excludebantur.

Alterum in alterius successionem mutuam) Ita ut non solùm parentibus, sed etiam ipsi manumissi fratres & sorores inter se succedant. Quod tamen ego sic accipiendum esse existimo, si, quod multis modis accidere potest, patronus deficiat. Nam liberis non extantibus, expressè statim patronum ad liberti intestati successionem ipse Justinianus vocat, idque eadem constitutione, quam hìc significat *d.* §. 3. *vers. sin autem, tit. seq.* Quamvis sanè fratres patrono præferendos arguat, *l.* 2. *C. ad Senatusc. Tert.* Sed non est eadem ratio patris & filii emancipati, quæ liberti propriè dicti & patroni; utique postquam fratres in successione patri prælati sunt, *l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de succ.* ad quod jus Tribonianus *d. l.* 2. interpolando conformavit.

Sive soli inveniantur) Quare non modo qui nati in servitute postea manumissi sunt, inter se ab intestato succedunt, sed etiam cum aliis, qui post parentum libertatem nascuntur.

Sive ex aliis nuptiis) Verbum *nuptiis* tollendum esse censent Cujac. Cont. Hotom. Giphan. auctoritate quorumdam manuscriptorum & Theophili, apud quem tantùm est, εἴτε ἐκ διαφόρων. Ut horum verborum, *sive ex aliis*, hic sit sensus, sive ex alio & diverso patre, sive ex alia seu diversa matre. Sed contra hos insurgit Bachovius, & maximè in Cujacium. Ego in hac eorum lite Palæmon.

TEXTUS.

Collatio ordinum & graduum.

1. *Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cùm enim prima causa sit suorum hæredum, & eorum, quos inter suos hæredes enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quàm fratrem aut patrem aut matrem defuncti: cùm alioqui pater quidem & mater, (ut supra quoque tradidimus,) primum gradum cognationis obtineant, frater verò secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus, vel ex emancipato vel fœmineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis hæredibus, & quos inter suos hæredes vocari diximus, agnatus, qui integrum jus habet agnationis, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quàm proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt: quoties neque suorum hæredum quique inter suos hæredes sunt, neque agnationis jure aliquis præferri debeat; secundùm ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus agnatis.*

NOTÆ.

1. *Exceptis fratre & sorore emancip.*) Ex constitutione Anastasii §. 1. *sup. d. tit.* item sorore uterina & sororis consanguineæ sive uterinæ filiis & filiabus, §. 4. *sup. de leg. an. succ.* Hodie agnatorum cognatorum jura confusa sunt, *Nov.* 118. ubi Just. tres novos ordines succedentium fecit. 1. Descendentium, qui reliquos omnes excludunt; in quo ordine graduum ratio non habetur. 2. Adscendentium, sed horum proximi tantùm vocantur: & cum iis admittuntur etiam fratres ex utroque parente conjuncti; & horum quoque fratrum filii concurrentes cum fratribus, non autem si soli sint, ex *Nov.* 127. 3. Lateralium, quorum soli quoque proximi vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure repræsentationis una cum thiis suis veniunt, thiisque defuncti, ejusque fratribus ex uno latere conjunctis præferuntur.

COMMENTARIUS.

HIc locus ad ea omnia, quæ hactenus hoc libro tractata sunt, generaliter pertinet. Summa est, duas esse succedentium prærogativas, unam in ordine, alteram in gradu: illius autem, quàm hujus potiorem rationem esse, in tantum ut qui ordine præcedit, licet gradu sit posterior, præferatur ei, qui est posterior ordine; quantumvis gradu prior.

Pronepotem vel abnepotem, &c. quàm fratrem, patrem, matrem) Conferuntur hic sui & qui suorum

rum

rum numero sunt cum legitimis, qui cum illis concurrere numquam possunt, propter prærogativam ordinis suorum. Sed si sui inter se conferantur, hìc qui gradu proximior est, puta filius, remotiorem, puta nepotem, non excludit. Nam jus repræsentationis & successio in locum patris facit, ut nepos non videatur remotior.

Amotis quoque sui's hæredibus, agnatus etiamsi longissimo gradu, &c.) Agnati quoque & cæteri legitimi successores collati cum cognatis præferuntur non ex prærogativa gradus, sed ordinis: nam cognati demum tertio loco vocantur, *sup. de succ. cogn. in pr.* Verùm inter agnatos ipsos spectatur prærogativa graduum: quoniam in hoc ordine repræsentatio locum non habet, extra quam quod novissimo jure introductum est, *Nov.* 118. *c.* 3. si fratrum filii cum patruis concurrant. Cæterum revolve, quæ tradita *tit. de leg. agn. succ.* item de Senatusc. Tertylliano §. 3. *& seqq.* quæ hìc inculcare non lubet. Hodie agnatorum & cognatorum jura confusa sunt, *d. Nov.* 118. ubi Justin. tres novos ordines succedentium fecit, unum descendentium, alterum adscendentium, tertium collateralium. Descendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa servatur. Cum adscendentibus admittuntur fratres ex utroque parente conjuncti eorumque filii, cæteri laterales ab iisdem excluduntur, inter ipsos autem succedunt tantùm proximi, *d. Nov.* 118. *c.* 2. *& Nov.* 127. Lateralium quoque proximi solùm vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure repræsentationis simul cum patruis & avunculis suis veniunt, & patruis avunculisque defuncti, ejusque fratribus ex uno dumtaxat latere conjunctis præferuntur, his jure plenioris sanguinis, illis jure quadantenus descendentium: qua de re supra explicatum est diligentius.

TITULUS OCTAVUS.
DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 2.

Ratio ordinis, & summa tituli.

HUc usque disseruit de successione ingenuorum: sequitur nunc de successione libertorum, id est, de jure succedendi in bonis libertorum. Vox enim successionis hìc non activè, ut in præcedentibus, sed passivè accipitur; non qua libertus succedit alii, sed qua ipsi liberto succeditur. Circa hæreditates libertorum mira extitit juris varietas. Aliud lege 12. tabularum constitutum fuit; aliud prætores introduxerunt: quod auctum postea lege Papia; postremo aliter hanc causam definivit Justinianus: quæ singula hìc ordine referuntur & explicantur.

Textus.

Qui succedunt. De lege 12. Tab.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impunè testamento præterire: nam ita demum lex duodecim tabularum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, hærede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberto, si is suum hæredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et siquidem ex naturalibus liberis aliquem suum hæredem reliquisset, nulla videbatur querela: si verò adoptivus filius fuisset, apertè iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

Commentarius.

1 *Legem 12. tabb. non alio jure patronum censuisse, quàm agnatorum.*
2 *Cur magis iniquum visum, patronum ab adoptivis excludi, quàm patrem, fratrem? &c.*

NAm ita demum lex 12. tabb.) Argumentum ex contrariis, quo probat, jure antiquo 12. tabb. licuisse liberto testato decendenti patronum impunè præterire Collectio hæc est: Lex 12. tabularum patronum nominatim vocat ad hæreditatem liberti intestato mortui: ergo in bonis liberti testato mortui nullum jus patronum habere voluit, si videlicet testamento præteritus, nihilve ei relictum sit.

Hærede suo nullo relicto) Intestato liberto mortuo, lex duodecim tabularum primùm suis hæredibus defert hæreditatem: si hi non fuerint, tunc patrono; Ulp. *l.* 3. *in pr. de suis & leg. & in fragm. tit.* 27. *& tit. ult. in pr.* ubi sic scribit; *Civis Romani liberti hæreditatem lex duo-*

duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo hærede libertus decesserit. Ideoque sive testamento facto decedat, licet suus hæres ei non sit, seu intestato & suus hæres ei sit, quamvis non naturalis, seu uxor, puta, quæ in manu fuit, vel adoptivus filius lex patrono nihil præstat. Hinc verò apparet, legem non alio jure patronum censuisse, quàm agnatorum, qui & ipsi ab intestato post suos hæredes vocantur, & testamento præteriri possunt. Quod autem primo loco & solum post suos hæredes patronum lex vocat, mirum non est: quoniam liberti agnatos non habent. VINN. Rectè Vinnius observat patronum liberto loco agnati fuisse. Disertè id dici Justin. in constitutione græca, quam ex Basilicis primus extulit Cujac. *lib.* 20. *obs. cap.* 34. Ἐπεὶ δὲ δοκοῦσι συγγενεῖς εἶναι τῶν ἐλευθερουμένων οἱ ἐλευθερῶντες αὐτοὺς, διὰ τοῦτο καὶ καλοῦνται ἐκ τῆς νομίμου διαδοχῆς. Ὥσπερ ἐπὶ τῶν εὐγενῶν οἱ κατὰ βαθμὸν ἐγγύτεροι καλοῦνται ὄντες καὶ ἐπὶ τῶν ἀπελευθέρων. *Quum veluti agnati liberorum patroni censeantur, hinc & vocantur ad legitimam successionem. Quemadmodum ingenuarum agnati gradu propiores vocantur, ita & libertinorum.* Inde est, quod & nomina patronorum & cognomina adsumerent liberti. Vid. Lactant. *Inst. div. lib.* 4. *cap.* 3. Car. Sigon. *de nom. propr.* 1418. HEIN.

Si adoptivus filius, apertè iniquum) Patronum à liberti liberis naturalibus, id est, procreatis justo matrimonio, excludi, indignum visum non est; at iniquum visum, eumdem excludi 2 etiam ab adoptivis & adscititiis. Cur verò inquis in patrono id minus ferendum fuit, quàm in patre, matre, fratribus, sororibus reliquisque agnatis & cognatis, quibus omnibus filium adoptivum in hæreditate ingenui præferri constat? Putat D. Hotomannus, prætorem ideo plus juris patronis in bonis libertorum concessisse, ne alioqui duras nimis conditiones libertis suis in præstanda libertate imponerent, *arg. l.* 1. *de bon. lib.* Sed & illud duriusculum visum, posse patronum per quemvis hæredem testamento liberti scriptum repelli. Cæterum erat hoc consequens liberæ testandi facultati lege duodecim tabularum civibus omnibus datæ.

TEXTUS.

De jure prætorio.

1. *Qua de causa postea prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret; & si aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo hærede relicto filio adoptivo, dabatur æquè patrono contra hunc suum hæredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant, ad excludendum patronum, naturales liberi, non solùm quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati & in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte scripti hæredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto prætorio petierant. Nam exhæredati nullo modo repellebant patronum.*

NOTÆ.

1. *Dimidiam bonorum*) Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti, quæ in castris quæsita, *l.* 3. §. 6. *de bon. libert.*

Æquè patrono dabatur, &c. bonorum possessio) Theoph. θρῴιτωρ ἰδίδν τ contra tabulas. Sed aut somniavit, aut corruptus est. Quid enim contra tabulas liberto intestato mortuo?

Si modo ex aliqua parte scripti) Hæc clausula pertinet ad datos in adoptionem.

Exhæredati nullo modo, &c.) Intellige, nisi per querelam testamentum, ut inofficiosum, evertissent.

COMMENTARIUS.

PRætor duo mutavit. Primum testandi licentiam in liberto coërcuit, jussitque libertum ita testari, ut patrono non minus parte dimidia bonorum relinqueret, data patrono partis dimidiæ bonorum contra tabulas possessione, si aut nihil, aut minus parte dimidia ei relictum esset. Cæterum quod hic simpliciter scriptum est, is hanc habet exceptionem, nisi libertus liberos naturales, sive suos, sive emancipatos (nam liberi adoptivi jure prætorio non plus juris contra patronum habent, quàm extranei) hæredes instituerit: quippe à quibus & non facto testamento patronus excluderetur. Ulp. *d. tit. ult. in pr.*

Sive intestatus relicto filio adoptivo) Hoc alterum est, quod in hac causa mutavit Prætor. Nam lex 12. tabularum etiam adoptivo filio suo hærede existente patronum in totum ab hæreditate liberti intestato mortui excludebat. Edicto verò Prætoris ex parte dimidia admittitur.

Et in adoptionem dati) Liberi naturales in adoptionem dati, quamdiu in familia adoptiva sunt, quasi liberi ad bona patris naturalis non admittuntur, sed tamen ex ea parte edicti veniunt, quæ vocantur cognati, §. *at hi.* 10. & §. 12. *cum seq. sup. de hær. quæ ab int.* Patronum igitur excludere non potuerunt, nisi testamento hæredes scripti; ac proinde clausula

sula sequens, *si modo ex aliqua parte scripti hæredes erant*, adjecta est.

Aut præteriti contra tabulas) Hoc ad solos emancipatos referri debet. Quippe cùm bonorum possessio contra tabulas iis dari non soleat, qui tempore mortis ejus, de cujus successione agitur, in aliena familia fuerant, §. *eadem. 12. sup. de hær. qua ab int.*

Exhæredati nullo modo) Sed quid si testamentum per querelam eversum fuerit? Dubitandum non est, quin liberi patronum excludant, cùm res ad causam intestati redeat. Plura Bachovius *hic*.

Textus.

De lege Papia.

1. *Postea verò lege Papia adaucta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum enim est, ut ex bonis ejus, qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quàm tres liberos habebat, (sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat) virilis pars patrono deberetur. Itaque cùm unum quidem filium filiamve hæredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine ullo filio filiave intestatus decessisset. Cùm verò duos duasve hæredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono: si tres reliquerat, repellebatur patronus.*

Commentarius.

1 *Sestertius & sestertium an idem valeant?*

Secunda hujus juris mutatio facta est lege Papia Poppæa. Tulere hanc legem nomenque ei dederunt suffecti Coss. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, anno ab U. C. 761. Multa hujus legis fuere capita. Fragmenta restituit notisque illustravit vir clarissimus D. Jacobus Gothofredus.

Qui locupletiores libertos) Hæc igitur lex ad libertos locupletiores solummodo pertinuit, in pauperioribus antiquiora jura patronatus intacta reliquit.

Qui sestertium centum millium) Locupletiores habiti, qui sestertium centum millium patrimonium habebant: pro quo præcisè dixit Africanus rem centum, *l. liberto. 26. de bon. libert.* Hinc libertus centenarius, qui rem centum millium habet, *l. si libertus, 16. de jur. patron.* Etenim, ut docet Hotom. *lib. de re numm.* duplex veteribus enuntiandi usus fuit, interdum plena oratione ut dicerent, verbi causa, centum millia sestertium, quomodo hoc extulit Justinianus hic: interdum præcisè, verbi causa, centum sestertium, aut centum simpliciter: qua forma usus Africanus, *d. l. liberto. 26.* Ubi, per octoginta & centum, totidem sestertiorum millia eum intelligere certum est. Quod autem Cantiuncula & Mynsingerus hìc scribunt, atque in dictionario suo prodidit Calepinus, sestertium neutro genere, & in plurali numero sestertia singula, significare & valere mille sestertios nummos, secuti auctoritatem magni illius Budæi, qui hoc primus, *lib. de Asse* docuit, errorem esse Bachovius existimat, eoque nomine merito Budæum ab Hotomanno, *d. lib. de re numm.* reprehensum. Sed videtur mihi Bachovius valde oscitanter Hotom. inspexisse, qui hoc quidem docet & ostendit; sestertium neutro genere à probatis Latinæ rei auctoribus usurpatum non esse, nisi quod meri causa à Poetis id factitatum, quod & jam antea observaverat Georg. Agric. *lib. 2. de pond.* Cæterum quod porro asserit Bachovius sestertium neutro genere eadem significatione usurpari à Poetis, qua masculino à cæteris, & hoc quoque ex doctrina Hotomanni, in eo dupliciter errat; nam nec Hotomannus id docuit, sed Agricola; & verum non esse, contra Agricolam ipse Hotomannus demonstrat, *c. 22. d. lib. de re numm.* ubi expresse scribit, sestertia à poetis dici solita non pro nummis sestertiis, sed pro mille numorum summa, multis id confirmans auctoritatibus. Unus locus Juvenalis huic rei demonstrandæ sufficiet. Is *satyra 4.* Crispini cujusdam gulam exagitans sic ait *v. 15.*

——*Mullum sex millibus emit.*
Æquantem sanè paribus sestertia libris.

quod priore versu de minoribus sestertiis Poeta dixerat, sequenti de majoribus enunciat; significat enim, totidem libras mullum istum pependisse, quot sestertiis Poeticis emptus fuerat, nimirum sex. In eo omnes conveniunt, quod ultra nongenta millia sestertiorum Romani non pronuntiaverint: sed cum ad mille millia ventum esset, adverbiis numeralibus usos, ut dicerent, decies aut vicies sestertium præcisè, pro decies aut vicies centena millia sestertium. Sed desino plura. Illud tamen adhuc obiter monendum, sestertium fuisse quartam partem denarii; denarium partem vicesimam quintam aurei; ac proinde aureum continuisse sestertios centum; idemque valere centum millia sestertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re nummaria plura & certiora, quàm hactenus habuimus, expectamus à D. Salmasio. Vinn. Addi ad hunc locum potest V. C. Jac. Perizon. *de l. Vocon. p. 171.* Nos quoque rem expendimus in *Comm. ad l. Pap. Poppæam. lib. 1. cap. ult.* Hein.

Pau-

Pauciores quàm tres liberos, virilis pars patrono) Lex Papia patronum liberti centenarii seu locupletis, sive testato sive intestato mortui, in virilem ejus hæreditatis partem admittebat, si modo is pauciores, quàm tres liberos reliquisset.

Sine ullo filio intestatus) Reponendum omnino cum Russard. Cuj. Cont. Hotom. *testatus* Theophilus, ἐπὶ διαθήκῃ, *condito testamento*. Nam liberto intestato & sine liberis defuncto solus & in solidum succedit patronus tam ex edicto prætoris, quàm ex lege 12. tabb. *sup. in pr. & §. 1.* Cujac. 3. *obs.* 13.

Si tres, repellebatur patronus) In hoc igitur differt lex Papia à jure prætorio, quod Patronus à Prætore repellebatur, etiam si libertus unum aut duos tantùm liberos reliquisset: lege verò Papia virilem hîc partem patronus obtinebat. At si libertus tres aut plures liberos reliquerat, tunc sive testato sive intestato decessisset, patronus in totum etiam per legem Papiam summovebatur.

T E X T U S.

De constitutione Justiniani.

3. *Sed nostra constitutio, (quam pro omni natione Græca lingua compendioso tractatu habito composuimus,) ita hujusmodi causam definivit: aut siquidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam, (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successione: si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reservavit. Cùm verò majores centenariis sint, si hæredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum sive plures cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, siquidem intestati, ad omnem hæreditatem patronos patronasque vocavimus. Si verò testamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas præterierint, cùm nullos liberos haberent, vel habentes eos exhæredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierint, ita quod non possint argui inofficiosa eorum testamenta, tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam, ut antea, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur; vel quod deest eis, ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit; ita sine onere, ut nec libertis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad cohæredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis casibus à nobis in præfata constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi dispositionem juris perspeximus; ut tam patroni patronæque, quàm liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum libertamve vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est. Et si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi sint, qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocetur successionem: & in capita, non in stirpes dividatur successio: eodem modo & in iis, qui ex transverso latere veniunt, servando. Pæne enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecimus.*

N O T Æ.

3. *Nostra constitutio*) Non extat: sed eam nobis ex Basilicis repræsentat Cujac. 20. *obs.* 34.

Pro mille sestertiis unus aureus) Cùm antea unus aureus responderet tantùm sestertiis centum. Non igitur simpliciter legem Papiam interpretatur, sed emendat.

Vel fideicommissa) Quæ certis personis præstantur ab his, qui petunt bon. possess. cont. tabb. *l. 1. de leg. præst.* quod onus olim etiam patrono incumbebat, *l. 4. de cond. & dem. l. 64. §. ult. ad SC. Trebb.*

Usque ad quintum gradum) Mynsing. & Pac. putant, hæc verba tantùm ad eos referenda esse, qui ex latere veniunt, sed refelluntur ipso tenore constitutionis, πάτρωνι καὶ πατρώνισσα, καὶ παῖδες αὐτῶν, καὶ ἔγγονοι, καὶ ἀπέγγονοι, τουτέστιν οἱ ἕως πέμπτου κατιόντες τῶν πατρώνων. Additurque καὶ μόνοι, id est, & soli: nam & qui ex latere veniunt, non admittuntur ad illam tertiæ partis bonorum successionem, ut mox subjicitur; sed tantum ad successionem liberti intestato sine liberis mortui usque ad quintum gradum, nec hîc ulterius patronorum liberi, ut iterum verba ostendunt; ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πάτρωνος, καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομήσουσι τοῦ ἀπελευθέρου.

Qui proximior est, &c. & incapita) *L. 13. §. 1. & seq. de bon. libert.* Ulpian. *tit.* 27. §. 1. & *seqq.* Nimirum hîc non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberti: ad cujus succcessionem patroni eorumque liberi non veniunt jure suorum hæredum, sed agnatorum, *l. 2. §. 1. unde legit.*

COM-

Commentarius.

Quoniam lex Papia nimium patronis tribuere videbatur, eo quod certis casibus hos etiam liberis liberti centenarii exæquaret: & jure prætorio libertus sine liberis decedens cogebatur semissem omnium bonorum patrono relinquere: Justinianus utrique jure derogavit, causamque sic in summa definivit, ut in liberto minore centenario testato decedente, patronus nullum jus in successione ejus haberet. Sin autem centenario major decederet, sive testatus sive intestatus, tum si liberos reliquisset, & vel unum cujuscumque sexus, gradus, aut conditionis, patronus excluderetur, nisi forte testamento patris liberi essent exhæredati. Si verò nullos liberos reliquisset, ab intestato patronus in solidum ut hæres esset, antiquo jure patronatus integro hoc casu servato: testamento verò facto, uti pro semisse, quem prætor patrono decreverat, trientem sine ullo onere obtineret: atque hoc succedendi jus non solùm ipse patronus haberet, verùm etiam eo mortuo liberi ejus, & his non extantibus, patroni ex latere cognati usque ad quintum gradum; sic ut inter illos & hos proximior remotiorem excluderet, & in capita hæreditas divideretur.

Pro mille sestertiis unus aureus) Justiniani ætate cum multo minores essent hominum facultates, locupletes censebantur, qui centum aureos in bonis habebant, cùm antea ex mille aureis hoc æstimaretur. Hotomannus putat, transposita esse nomina, & pro *mille* hìc substituit *centum*, uti paulo ante pro *centum*, *mille*, quod probat Wesembecius, ego in medio relinquo.

Sin autem sine liberis) Quid si adoptivos tantum reliquerit? Hotomannus censet, patronum & hoc casu lege Justiniani in totum excludi. Bachovius contra in partem patronum admitti; cujus sententia verior videtur, arg. *p. hujus tit. in fin* & §. 1. *in pr.* item constitutionis Græcæ relatæ à Cujac. *lib.* 20. *obs.* 34.

Vel mater sive avus maternus) Quippe quorum præteritio pro exhæredatione est, §. *ult. sup. exhær. lib.* quod nec jure novissimo mutatum esse demonstravimus *sup. tit. de inoff. test. in pr.*

Ex constitutione nostra repleatur) Intelligit haud dubiè constitutionem *l. omnimodo* 30. *C. de inoff. test.* ut proinde hactenus eadem sit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine onere) Et ergo in hoc quoque exæquata jura patronorum & liberorum, ut ambo portionem debitam seu legitimam sine onere habere debeant, *l.* 32. *C. de inoff. test.* junct. *hoc text.* cùm olim legatorum & fideicommissorum præstandorum onus, quæ liberis præteritis aut exhæredatis relicta erant, patrono incumberet, *l.* 4. *de eond.* & *dem. l. si ejus* 64. §. *ult. ad SC. Treb.*

Usque ad quintum gradum) Pacius putat, hæc verba ad eos tantùm referenda esse, qui ex latere veniunt, non ad liberos patroni, cum Mynsingero *ad hunc loc.* & §. 2. *inf. de bon. poss.* sed refelluntur verbis constitutionis Græcæ relatæ apud Cujac. 20. *obs.* 34. ac proinde nullius momenti est argumentum petitum ex *l. liberorum.* 220. *de verb. sign.*

Qui proximior est.) Si unius pluriumve patronorum plures liberi sint diversi gradus, qui proximior est, in successione liberti præfertur; & plurium patronorum liberi non in stirpes, sed in capita succedunt, *l. si libertus.* 23. §. 1. & *seqq. de bon. libert.* Ulp. *tit.* 27. §. 1. & *seqq.* Non est huic contrarium, quod de liberis supra relatum est, eos parentum suorum locum occupare, inque stirpes, non in capita succedere: quippe hìc non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberti, ad cujus successionem patroni eorumque liberi non jure suorum hæredum, sed agnatorum jure veniunt, *l.* 2. §. 1. *unde legit.* Hactenus ergo nihil novi Justinianus.

Textus.

Quibus libertinis succeditur.

4. *Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cùm nec sint alii liberti; simul & Deditiis & Latinis sublatis, cùm Latinorum successiones nullæ penitus erant: quia licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant: & quasi servorum, ita bona eorum, jure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumissores detinebant. Postea verò Senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumissoris, non nominatim exhæredati facti, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam supervenit divi Trajani edictum, quod eumdem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis festinarat, faciebat quidem vivum civem, Latinum verò morientem. Sed nostra constitutione propter hujusmodi conditionum vices & alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, & Senatusconsultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpetuum*

tuum deleri censuimus, ut omnes liberi civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibusdam adjectionibus ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.

NOTÆ.

4. *Dedititiis & latini sublatis*) *L. un. C. de ded. lib. toll. l. un. C. de Lat. lib. toll. v. sup. §. 3. de libertin.*

COMMENTARIUS.

OLim non omnes libertini ejusdem erant conditionis; nam eorum, qui manumittebantur, quidam cives Romani fiebant, alii Latini Juniani, aut dedititii, idque vel propter qualitatem domini manumittentis, vel modum manumissionis, vel ætatem aut personam manumissi: quod *lib. 1. tit. de libertin.* latius explicatum est. Itaque cùm eum, quem hæredem vel ex testamento vel ab intestato habere volumus, necesse sit esse civem Romanum, satis apparet, ea, quæ de jure succedendi in bonis libertorum legibus prioribus & edicto cauta sunt, ad Latinos & dedititios non pertinuisse. Quod autem Justinianus monet, ea quæ ipse de eadem re constituit, ad libertos Latinos & dedititios non pertinere, sublata jam tum Latina & dedititia libertate, parum subtile est.

Latinorum legitimæ successiones nullæ) Neque testamentariæ. Nam Latini nec testamentum facere, neque omnino hæredem habere poterant, sicut nec ipsi hæredes esse. Hæc enim omnia, jus testamenti faciendi, jus capiendæ hæreditatis, item hæredis habendi, propria erant civium Romanorum. Quare nec intestati Latini decessisse dici poterant, *l. 1. in pr. de suis & leg.* Libertorum verò civium Romanorum ut testamentariæ ita & legitimæ successiones erant: nam eorum intestatorum hæreditas primum suis hæredibus deferebatur, deinde patronis, eorumque liberis tamquam agnatis, quibus quæ defertur, in edicto prætoris in specie legitima dicitur, *tit. unde legit.*

Jure quodammodo peculii) Nam mortuo liberto Latino Juniano, patronus bona ejus, non tamquam hæreditatem, sed eodem jure ex lege Junia occupabat, quo dominus peculium servi, pater filii retinet. Unde si patronus cum liberis suis simul extraneos quosdam hæredes instituisset, bona ejus liberti dividebantur communiter inter suos & extraneos hæredes: quemadmodum peculium servi aut filii dividitur inter hæredes domini aut patris.

Extraneis hæredibus eorum) Id est, extraneis hæredibus manumissorum seu patronorum. Ut ecce; L. Titius, qui libertum Latinum habebat, decessit, liberis suis & quibusdam extraneis hæredibus institutis; moritur deinde libertus, ex lege Junia una cum liberis Titii extranei scripti hæredes ad bona liberti veniunt. Ex Senatusconsulto autem Largiano soli veniunt liberi Titii. Tota via in hoc explicando deerravit Hotomannus, iis quoque, quæ paulo ante dixerat manifestè contraria tradens. Meminit Justinianus Senatusconsulti Largiani in *l. un. C. de Lat. lib. toll. & Nov. 78. in pr.*

Divi Trajani edictum) Edicto divi Trajani cavebatur, ut Latinus Junianus, qui invito ignoranteve patrono jus civitatis Romanæ beneficio Principis adeptus esset, viveret quidem ut civis Romanus, moriens autem liberti Latini exitum faceret, id est, ut bona ejus quasi peculii jure ad patronum pertinerent. Hujus edicti mentio item fit in *d. l. un. pr. & §. ult. C. de Lat. lib. toll.*

Sed nostra constitutione) Ea est *d. l. un. C. d. tit.* qua, ut antea ingenuos omnes Antoninus civitate donavit, *l. in orbe. 17. de stat. hom.* ita Justinianus libertinos omnes civitate donatos exæquat. Novissimè libertinos omnes tantùm non exæquavit ingenuis, *Nov. 78.*

TITULUS NONUS.
DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.
Dig. Lib. 38. Tit. 4.
Continuatio.

HIc titulus moderationem continet proximè præcedentis. Nam quod generaliter ibi definitum est, patrono mortuo, ad liberos ejus, qui gradu proximi sunt bona liberti ex æquo pertinere, id hanc habere exceptionem hoc titulo docemur, nisi uni ex liberis libertum assignaverit, hoc est, testificatus fuerit, cujus ex liberis eum liberum esse velit, *assignare, 107. de verb. sign.* hoc enim casu is solus, cui facta est assignatio, pro patrono habetur, & in bona liberti succedit, reliquis liberis assignatoris exclusis, *l. 1. in pr. hoc tit.*

TEX-

TEXTUS.

An aſsignari poſsit, & quis aſsignationis effectus.

In ſumma (quod ad bona libertorum attinet) admonendi ſumus, cenſuiſſe Senatum, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejuſdem gradus ſunt, æqualiter bona libertorum pertineant; tamen licere parenti, uni ex liberis aſsignare libertum, ut poſt mortem ejus ſolus is patronus habeatur, cui aſsignatus eſt: & cæteri liberi, qui ipſi quoque ad eadem bona, nulla aſsignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant, ſed ita demum priſtinum jus recipiant, ſi is cui adſignatus eſt, deceſſerit nullis liberis relictis.

NOTÆ.

Aſsignare libertum) Aſsignare libertum eſt teſtificari, cujus ex liberis eum libertum eſſe velit, *l.* 107. *de verb. ſign.* id eſt, jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni peculiariter attribuere. VINN. Idque concesſum SC. ſub Claudio anno U.C. DCCXCVIII. Suillio Roſo, & P. Oſtorio coſſ. Ipſa legitima SC. verba habes in *l.* 1. *p. ff. h. t.* HEIN.

COMMENTARIUS.

Licere parenti) Et quidem ſoli. Nam jus aſſignandi libertum parenti manumiſſori Senatus dedit, *d. l.* 1. *hoc tit.* quod tam arctè acceptum, ut liberi manumiſſoris libertum paternum, quantumvis à parente ſibi adſignatum, liberis ſuis adſignare non potuerint: cùm tamen in plerìſque aliis cauſis jure manumiſſorum cenſerentur, *l.* 8. *eod.*

Ita demum priſtinum jus recipiant,) Ad liberos, non ad hæredes extraneos jus patronatus aſsignatione quæſitum tranſmittitur; quod intelligitur ex verbis extremis Senatuſconſulti relati apud Ulp. *d. l.* 1. *hoc tit. Utique ſi ex liberis quis in civitate eſſe deſiiſſet, neque ei liberi ulli eſſent, cæteris ejus liberis, qui manumiſit, perinde omnia jura ſerventur, ac ſi nihil de eo liberto eave liberta is parens ſignificaſſet.*

TEXTUS.

De ſexu aſsignati, & de ſexu graduque ejus, cui aſsignatur.

1. *Nec tantùm libertum, ſed etiam libertam, & non tantùm filio nepotive, ſed etiam filiæ neptivæ adſignare permittitur.*

COMMENTARIUS.

Sed etiam libertam) Hoc ex ipſis verbis Senatuſconſulti planum eſt: quippe quo perpetuo tam libertæ, quàm liberti fit mentio.

Sed etiam filiæ neptivæ) Senatus generaliter loquitur, *ſi quis liberos in poteſtate haberet*, ſine diſcrimine ſexus aut gradus. Itaque non minus filiæ neptivæ, quàm filio vel nepoti aſsignari poſſe, intellectum eſt. Quin etiam præferri poſſe filio nepotem adſignatoris, *l.* 3. §. 4. *hoc tit.* quippe cùm hoc tantum requirat Senatus, ut liberi adſignatoris in poteſtate ſint, non etiam ut ſint ſui hæredes. Perperam hæc omiſit Theoph.

TEXTUS.

De liberis in poteſtate vel emancipatis.

2. *Datur autem hæc adſignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in poteſtate habebit, ut eis, quos in poteſtate habet, adſignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, ſi eum, cui adſignavit, poſtea emancipaverit, num evaneſcat adſignatio? Sed placuit evaneſcere: quod & Juliano & aliis plerìſque uſum eſt.*

COMMENTARIUS.

Qui duos pluresve liberos in poteſtate) Cùm adſignare nihil aliud ſit, quàm jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni propriè ac peculiariter attribuere, in eumque ſolum derivare, non eſt exiſtimandum, dubitatum fuiſſe, an is demum adſignare poſsit, qui duos aut plures liberos habeat; aut ſi unum tantùm quis habeat, an ulla tunc eſſe poſsit adſignatio; neque iſte hujus loci ſenſus eſt, ſed hic, aſsignationem tantùm poſſe fieri pluribus liberis vel uni ex pluribus, in poteſtate conſtitutis, ut hinc removeantur emancipati. Nimirum quemadmodum lex 12. tabb. jus patronatus retineri voluit in familia, ita etiam Senatuſconſultum idem jus adſignatione contractum finibus familiæ concluſit: idque ipſa verba Senatuſconſulti indicant, & hic ipſe locus.

Placuit evaneſcere) Non tantùm emancipato facta adſignatio nulla eſt, ſed etiam facta ei, qui in poteſtate erat, emancipatione ejus evaneſcit; congruit *l.* 1. *in fin. eod.* De eo dubitatum, an ſi præter emancipatum duo exiſtant in poteſtate, poſsit hoc caſu patronus non tantùm uni ex his, qui in poteſtate ſunt, ſed ſimul etiam emancipato adſignare. Sed Modeſ-

destinus respondit, magis esse ut possit. Igitur quod per se non haberet emancipatus, id per conjunctam personam consequitur, ut in specie *l. 9. eod. l. ult. de lib. & post.* Quod si unus tantùm sit in potestate, alter emancipatus, & utrique libertus adsignetur, quæ adsignatio in persona ejus, qui in potestate est, nulla est, ea propter emancipatum utilis fieri non debet: ita censeo cum Cujac. VINN. Ego cum Em. Merill. *Obs. lib. 7. c. 13.* ita conciliare malim textus, quod possit pater & emancipato libertum assignare, per ea, quæ tradit Modestinus *l. 9. ff. h. t.* si tamen suo adsignarit, eumque postea emanciparit, exspirare assignationem, per §. 2. *Inst. h. t.* quia pater, dum emancipat, mutasse voluntatem censeatur. HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis aut verbis assignatio fit: & de Senatusconsulto.

3. *Nec interest, an testamento quis adsignet, an sine testamento, sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipso SC. quod Claudianis temporibus factum est, Sabellio Rufo, & Asterio Scapula Consulibus.*

COMMENTARIUS.

ADsignari libertus potest & testamento & codicillis, & per modum contractus, aut donationis inter vivos vel mortis causa, quibuscumque verbis, epistola, chirographo, purè, sub conditione, denique nutu etiam, *l. 1. §. 3. l. 7. eod.* quod procul dubio ex verbo *significasset*, quo Senatus utitur, sumptum est; & ideo ait Justinianus, hoc patronis facere permissum ex ipso Senatusconsulto.

TITULUS DECIMUS.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Dig. Lib. 37. Tit. 1.

Ratio ordinis: bonorum possessio quid: argumentum tituli.

EX quatuor acquirendi per universitatem modis, propositis §. *ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* primus & præcipuus expositus est, scilicet ratio acquirendæ hæreditatis jure civili tum testamento tum ab intestato delatæ. Succedit tunc species acquisitionis ejusdem generis secunda, seu ea hæreditatis acquirendæ ratio, quæ est ex jure prætorio per bonorum possessionem; de qua hoc titulo ex professo nunc Imperator tractat. Nam quod subinde etiam supra de jure prætorio disputatum est, id factum per occasionem, exigente hoc rerum affinitate. Bonorum possessio finitore Ulpiano *l. 3. §. 2. hoc tit.* est jus persequendi retinendive patrimonii, sive rei, quæ cujusque, cùm moritur, fuit. Non ergo bonorum possessio hic accipitur, uti possessio illa rerum singularum, quæ facti est, & corporalis detentionis, de qua *tit. ff. & C. de acq. poss.* sed tota juris est, & dominium tribuit: ut hæc duo præter nomen nihil commune habeant. Denique bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quàm hæreditas, *d. l. in pr. & §. 1. l. 1. & l. 2. eod. l. 117. de reg. jur.* unde Græcis dicitur πραιτωρία διαδοχή. Tantùm in tempore & modo acquirendi diversitas est. De fine bonorum possessionis, tum quam ea vim & unde habeat, primum hìc exponitur; deinde species ejus eo ordine, quo edicto propositæ fuerunt, recensentur, ac mox quibusdam remotis quædam transponuntur: ad extremum agitur de tempore & modo bonorum possessionis petendæ.

TEXTUS.

Cur introductæ bonorum possessiones; & quis sit earum effectus.

Jus bonorum possessionis introductum est à prætore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hæreditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus posthumus hæres fuerit institutus, quamvis hæreditatem jure civili adire non poterat, cùm institutio non valebat; honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur: videlicet cùm à prætore adjuvabatur. Sed & is à nostra constitutione hodie rectè hæres instituitur, quasi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia, prætor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui rectè testamento facto hæredes instituti sunt,

dat

dat secundùm tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos hæredes & agnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed & remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet hæreditas jure civili. Quos autem solus prætor vocat ad hæreditatem, hæredes quidem ipso jure non fiunt: nam prætor hæredem facere non potest: per legem enim tantùm, vel similem juris constitutionem hæredes fiunt, vel per Senatusconsulta, & constitutiones principales: sed cùm eis prætor dat bonorum possessionem, loco hæredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores. Adhuc autem & alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, cum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hæreditatum prætor ex bono & æquo dilatavit.

NOTÆ.

Bonorum possessio) Hæc secunda species est acquisitionis per universitatem earum quatuor, quæ propositæ *sup. §. ult. per quas pers.* Bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quàm hæreditas, *l. 2. & 3. hoc tit. l. 117. de regul. jur.* Græci ἀγαθῶν διακατοχὴν appellant & πραιτωρίαν διαδοχήν.

A nostra constitutione) Hæc constitutio non extat, fac. *d. §. 26. sup. de legat.*

Ipso jure non fiunt) Ipso jure hic idem valet quod jure civili, ut & alibi, *§. 11. inf. de act. §. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. usufr. qu. cav.* Igitur hæredes ipso jure non fiunt, id est, non fiunt jure civili hæredes, etsi adeant hæreditatem, aut pro hærede gerant. Alio sensu sui dicuntur ipso jure hæredes existere.

Per Senatusconsulta) *L. 9. d. tit. sup. de SC. Tert. & de SC. Orfic.*

Constitutiones Principum) Exemplum habes *§. 3. & 4. sup. de leg. agn. succ. l. pen. & ult. C. de leg. hær.*

Alios complures ordines) Id est, ordines, τάξεις, ut sæpe alibi, *l. 1. §. 1. unde liberi, l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in bon. poss.*

Ex bono & æquo) Nam prætor & alios successionum ordines fecit, & ordinum graduumque successionem admisit *tit. de success. edict.*

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo prætor circa successiones jus vetus emendarit?*
2 *Quænam bonorum possessiones juris civilis confirmandi gratia introductæ? & quàm utiliter?*
3 *Qui jure civili succedere possunt, si malint bonorario, hæredes, an bonorum possessores efficiantur?*
4 *Cur prætor hæredem facere non possit?*
5 *Bonorum possessores vi ipsa hæredes esse, & jure prætorio dominium rerum singularum consequi: quod à plerisque minus bene perceptum.*
6 *Scopus prætoris in introducendis bonorum possessionibus.*

E*mendandi juris veteris gratia*) Supra didicimus, legem 12. tabb. successiones ab intestato tam angustis finibus conclusisse, ut intra suorum hæredum & agnatorum ordinem consisteret. Postea verò multas personas, tùm inter suos hæredes, tum inter agnatos, vocatas à prætore, Senatusconsultis, constitutionibus. Prætorem etiam tertium ordinem fecisse, in quo omnes eos vocavit, qui naturali cognitione conjuncti. Hoc significat Justinianus, cum ait, prætorem bonorum possessiones introduxisse emendandi juris veteris causa. Emendavit enim, laxando mitigandoque juris civilis rigorem, dum illo jure neglectis liberis emancipatis, cognatisque ad successionem viam aperuit. Ajo: jure civili neglectos, nam capere nominatim prohibitis prætor non succurrit, ne directo, quod non potest, contra leges faciat, *l. non est 12. §. 2. hoc tit. l. 12. §. 4. de publ. in rem act.* Simili quoque correctione & quadam velut impugnatione juris civilis usus est prætor & in hæreditatibus eorum qui testati decesserant, dando bonorum successionem secundùm tabulas posthumis alienis hæredibus institutis, *l. 3. sec. tab.* & contra tabulas liberis emancipatis præteritis, *§. eadem 12. sup. de hær. quæ ab int. def.* [1]

Si alienus posthumus) Quis dicatur suus, quis alienus posthumus; item cur alienus posthumus jure civili hæres institui non potuerit, neque legatum capere, diligenter exposuimus *lib. 2. sub tit. de legat. §. posthumo 26.* add. & quæ sub *§. 2. sup. de exhær. liber.*

Honorario jure bonorum possessor) *D. l. 3. sec. tab. l. 6. de inoff. test.* Atque ad effectum hujus juris & simul institutionis & legati respiciens dixit alibi, posthumum alienum etiam olim hæredem institui potuisse, *§. posthumis 28. sup. de legat.* quod multis ibi argumentis confirmavimus.

[2] *Sed magis confirmandi gratia*) Ait, quasdam bonorum possessiones à prætore etiam confirmandi, id est, adjuvandi juris veteris gratia introductas; idque declarat duplici specie bonorum possessionis: quarum una ex testamento secundùm tabulas, quam etiam rectè ins-

institutis hæredibus prætor polliceatur; altera ab intestato; eaque item duplex, & unde liberi, & unde legitimi, quarum ad illam etiam suos hæredes, ad hanc etiam agnatos, & qui agnatorum jure censentur, invitet.

Hæredes instituti) Hæredi testamento rectè instituto scimus necessariam non esse bonorum possessionem secundùm tabulas, cùm adita hæreditate jure civili hæres fiat. Existimo etiam, prætorem ab initio bonorum possessionem secundùm tabulas jure civili scriptas perfectasque pollicitum non esse, sed secundùm eas dumtaxat, quæ ipsius instituto scriptæ fuerant, quarum formam jus civile, quo solo hæreditas defertur, ignorabat, hoc est, quæ septem testium signis erant obsignatæ, *l. 2. C. sec. tab.* aut quæ jure civili ideo non valebant, quod vel familiæ mancipatio vel nuncupatio non intervenerat, vel testamentum ruptum irritum factum fuerat. Ulp. *tit. 23. §. si septem 6. & tit. 28. §. etiam 6. l. posthum. 12. de injust. rupt. irrit. §. non tamen 6. sup. quib. mod. test. infir.* Cæterum progressu temporis jus prætorium crevisse, inolevisseque, ut etiam qui rectè hæredes instituti erant: aliique, qui jure civili hæreditatem adeundo consequi poterant, ad majorem cautionem, puta ut remediis prætoris uterentur, veluti interdicto quorum bonorum *l. 1. quor. bon.* vel quia multis in rebus liberalius agitur cum bonorum possessoribus, quàm cum hæredibus, *l. 3. §. acquirere 7. hoc tit. l. 1. & ult. qui adm. ad bon. poss.* bonorum possessionem peterent: edictumque postea plenius conceptum. Hotomannus putat, per bonorum possessionem etiam acquiri possessionem ipsarum rerum, qui manifestus error est: non enim magis agnascendo bonorum possessionem rerum singularum possessionem adipiscimur, quàm adeundo hæreditatem, *l. 3. pr. §. 1. & 2. hoc tit.* junct. *l. cum. hær. 23. de acq. poss.* Sed & si quis res defuncti corporaliter possideat, eum tamen necesse est bonorum possessionem à prætore obtinere, ut in naturali rerum singularum possessione defendatur. Wesemb. *par. hoc. tit. num.* 8. D. Diod. Tulden. *in comm. hic cap. 1.*

Suos hæredes & agnatos) Suos hæredes ad bonorum possessionem *unde liberi*, agnatos ad bonorum possessionem *unde legitimi*. Licet enim his bonorum possessio non sit necessaria, (utpote qui etiam remota ea jure civili hæreditatem obtineant) & adspectu principalis scopi bonorum possessio unde liberi comparata sit emendandi juris civilis gratia succurrendique liberis emancipatis, quos jus civile non agnoscit, *§. emancipati. 9. sup. de hær. quæ ab int.* tamen suos etiam hæredes prætor edicto complexus est, *l. 1. unde liberi.* & agnatos quoque & cæteras personas legitimas vocavit *tit. unde legitimi*: ne quod iis concesserat, quos solos ipse vocat, denegasse illis videretur, quos vocat potentior: inque eo juris civilis se adjutorem præbuit. Οὐκ ἔςι διοχερὴς ὁ πραίτωρ, ait Theop. & Theod. Hermop. ad *l. 117. de reg. jur.* ὁ πραιτώριος νόμος φιλαγαθώτερος, *jus prætorium humanius est.* Hinc illustratur *l. 7. §. 1. de just. & jur. & §. prætorum. 7. sup. de jur. nat. gent. & civil.*

3 *Solus vocat prætor*) Quid ergo si quis testamento hæres institutus aut agnatus proximus intestati, quos solus prætor non vocat, sed quibus liberum est vel hæreditatem adire, vel ex edicto bonorum possessionem accipere, *l. 2. §. si duo. 8. sec. tab.* hoc, quàm illo jure, succedere maluerint? Hos etiam non hæredes, sed bonorum possessores effici, ac proinde non directis, sed utilibus actionibus usuros rectè censet Jo. Fab. Quin amplius, nec suum hæredem, qui secundum tabulas aut unde liberi accepit, existimo alias, quàm utiles & prætorias actiones exerciturum; directasque, quæ apud eum remanent; quia ipso jure hæres extitit, esse sine effectu, *arg. l. 7. §. sed quod Papinianus. 10. de minorib. l. ei qui. 88. de hær. instit.*

4 *Prætor hæredem facere non potest*) Hæredem facere est justum plenoque jure Quiritum dominum facere, quod solius legis est, utpote quæ rebus omnium tamquam regina & domina præsidet, *l. 2. de legibus*, aut ejus, qui similem legi auctoritatem habet: qualem etiam habuit Senatus, uti docet *l. non ambigitur. 9. de legib.* & ostendunt Senatusconsulta Tertyllianum & Orficianum: non prætoris, qui nudus fuit magistratus δικαιοδότης non νομοθέτης: qui tamen, tacitè consentiente populo, hoc usurpavit, ut nonnulla, non quidem directo contra, sed tamen præter rationem juris constituti ex æquo & bono constituerit, quæ juris etiam auctoritatem obtinuerunt, vid. *not. sub. §. prætorum 7. sup. de jur. nat. gent.*

Loco hæredum constituuntur) Prætor successores suos, quos hæredes facere non potuit, bonorum possessores appellavit, iisque utiles actiones dando effecit, ut vicem hæredum obtinerent, immo vi ipsa ut hæredes essent, *l. 1. 2. 3. hoc tit.* Unde est, quod hæredis appellatio etiam bonorum possessori absolutè tribuitur, & perpetuo appellatione hæreditatis bonorum quoque possessio venit, *l. hæreditatis 138. de verb. sign. l. in conditionibus 19. §. 2. de cond. & de-*

demonst. l. 1. §. bonorum. 7. ad Senatusconf. Treb. l. ult. C. qui adm. ad bon. poss. Sed & passim nostri bonorum possessores vocant successores honorarios, *l. sed & ejus. 24. §. 1. fam. erc. l. si fine 9. §. illud. 6. de interr. in jur. l. 10. ad Senatusconf. Vell. l. 1. §. nec non. 8. ut leg. nom. cav.* Cùm ergo bonorum possessores jus hæredum consequantur, etiam dominum eos consequi necesse est, & quidem rerum ipsarum seu proprietatem ipsam, uti hoc disertè traditum est ab Ulp. *l. 1. hoc tit.* dominium, inquam, non utique directum aut ex jure quiritiarium seu legitimum, sed utile sive bonitarium, aut si mavis, dominium prætorium; nam bonorum possessor hæres honorarius est: hæres verò dominum significat. Ita quem prætor secundo decreto in possessionem mittit, dominus etiam constituitur, *l. si finita. 15. §. Julianus 16. & §. postea. 33. de damn. inf.* Perspicuum est igitur, eos errare, ut levissimè dicam, qui contendunt, prætorem nihil aliud tribuere bonorum possessori, quàm rerum possessionem; quippe quæ nihil cum dominio commune habet, *l. 12. §. 1. de acq. poss.* immo quam nec tribuit prætor, & quæ nemini acquiritur, nisi qui eam naturaliter apprehenderit, *l. 1. & passim. de acq. poss.* Dominii quoque possessionis, quale alii tantùm successoribus honorariis tribuunt, merum commentum est. Clarissimus D. Tuldenus sic hæc explicat: hæreditas, inquit, quia successio est in universum jus defuncti, statim ut adita est, tribuit dominium rerum hæreditariarum. Non par vis inquit, bonorum possessioni; quippe quæ tantùm facultatem tribuit persequendi. Hæc ille. At enim verò si rem spectemus, par utrique & eadem vis, nam & bonorum possessio non minus, quàm hæreditas, eademque ratione, qua hæreditas, successio est in universum jus defuncti, & ipsa quoque simul atque admissa est, dominium jure prætorio tribuit æquè ac hæreditas jure civili; textus sunt expressi & clari in *l. 1. l. 3. in pr. hoc tit.* Res hæc ideo minus rectè vulgo percepta est, quod in describenda tum hæreditate tum bonorum possessione Jurisconsulti impropriè locuti sunt, nec vero, sed tropico genere usi: nam neque hæreditas propriè successio est, ut abunde demonstravimus sub *tit. de reb. corp. & incorp.* neque bonorum possessio potestas persequendi, sed utraque nihil aliud quàm universum patrimonium & jus alicujus defuncti, in quod & hæres succedens & bonorum possessor, ille scilicet adeundo, hic bona apud magistratum amplectendo, dominium rerum singularum statim nanciscuntur, ille civile, hic prætorium, & consequenter jus eas res persequendi ille directis & civilibus, hic utilibus & honorariis actionibus. VINN. Omnino rectè rem explicasse videtur Tuldenus. Bonorum enim possessio pertinet ad ea, quæ in jure fiunt. *l. 178. §. 2. ff. de V. S.* at successio civilis in voluntate consistit, nudoque animo, verbis, vel factis declarato, adquiritur citra interpellationem magistratus. *l. 20. ff. de acquir. hæred.* Ita & V. C. Pagenstech. in *Aphorism. Jur. lib. 3. §. 41.* HEIN.

Et alios complures gradus) Id est ordines: est enim hoc nostris non infrequens, ut ordines successionum ab intestato gradus quoque appellent, *l. 1. §. 1. unde liberi. l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in poss.* Unde etiam interpres Novellarum, quod in textu Græco, *Nov. 118. in pr.* legitur, *πᾶσα ἡ τοῦ γένους ἐξ ἀδιαθέτου διαδοχὴ τρισὶ γνωρίζεται τάξεσι* reddidit, tribus cognoscitur gradibus, id est, *βαθμοῖς*: ut nihil causæ videam, quamobrem hoc carpserit Bern. Sutholt. *diss. 11. n. 42.* Sunt autem intestati gradus seu ordines, præter enumeratos liberorum & legitimorum, nunc adhuc duo, cognatorum, & unde vir & uxor, *d. l. 1. §. 1. & d. l. un.*

Ex æquo & bono dilatavit) Scopus hic prætori in introducendo jure bonorum possessionis propositus fuit, amplificare jus percipiendarum ab intestato hæreditatum, quod lex 12. tabb. familiæ finibus ita concluserat, ut suos tantùm hæredes, & post hos, agnatos solos admitteret, atque ita admitteret, ut in eorum hæreditatibus successioni locum non daret, hoc est, ut proximo deficiente vel repudiante, insequentis gradus agnatos non admitteret, *§. placebat. 7. sup. de leg. agn. succ.* Prætor autem & alios fecit ordines, ordinumque & graduum successionem admisit, *tit. de success. edict.*

TEXTUS.

De speciebus ordinariis. Jus vetus.

1. *Sunt autem bonorum possessiones, ex testamento quidem hæ: prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque* contra tabulas. *Secunda, quam omnibus jure scriptis hæredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur* secundùm tabulas. *Et cùm de testatis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis hæredibus, & iis, qui ex edicto prætoris inter suos hæredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur* unde liberi. *Secundo legitimis hæredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori præferebat. Sunt autem decem personæ hæ: pater, mater, avus,*

avus, avia tam paterni, quàm materni : item filius, filia ; nepos, neptis tam ex filio, quàm ex filia; frater sororve consanguinei vel uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto tamquam ex familia. *Sexto patrono patronæque, liberisque eorum & parentibus. Septimo viro & uxori. Octavo cognatis manumissoris.*

NOTÆ.

1. *Prima, quæ præteritis liberis*) *L. un. quis ord. in bon. poss.* Ulp. *tit.* 28. *vid. sup.* §. 3. *de exh. lib. & D. de bon. poss. cont. tab.*

Decem personis) Ulpian. *apud Licin. Rufin. tit.* 16.

Extraneo manumissori) Id est, imaginario emptori, cui pater filium non contracta fiducia mancipaverat. Cujac.

Cognati manumissoris) §. *pen. sup. de succ. libert.* Ulp. *tit.* 28. §. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu bonorum possessio contra tabulas dicatur esse ex testamento, cùm per eam succedatur ab intestato ? Quod à paucis observatum.*
2 *Cur ea primo loco in edicto proposita ?*
3 *Extraneus manumissor quis dicatur ?*
4 *Quid per familiam significatur in ea, quam prætor quinto loco proposuit ?*

Habemus hìc catalogum veterum bonorum possessionum, earumque gradus, uti quæque edicto proposita fuit. Similis est apud Ulp. *tit.* 28. §. *intestati.* 6. Percurramus singula.

Ex testamento quidem hæ) Bonorum possessio, itidem ut jure civili hæreditas, defertur aut testamento, aut ab intestato. Quæ testamento facto competit, ea duplex est, *contra tabulas, & secundum tabulas* : quarum hæc etiam ex testamento est, ita ut per eam etiam succedatur ex testamento : illa ex testamento non est, ne quis erret : cùm enim detur contra testamentum, & per eam testamentum oppugnetur atque evertatur, *l.* 1. *in pr. de legat. præst. l. ut liberis* 17. *in pr. C. de collat.* ex testamento esse dici non potest, neque per hanc bonorum possessionem ex testamento succedi : sed uti rescisso per inofficiosi querelam testamento res ad causam intestati redit, *l.* 6. §. 1. *l. eum qui.* 21. §. 2. *de inoff. test.* eodem modo, rescisso testamento per bonorum possessionem contra tabulas, liberi præteriti jure prætorio ab intestato succedunt, uti disertè scriptum est in *d. l. liberis* 17. *C. de collat.* Quamobrem quod hìc Imperator etiam bonorum possessionem contra tabulas dicit esse ex testamento, certum est, id impropriè atque abusivè ab eo dici, nec alio sensu quàm quod ea locum non habeat, nisi defunctus testamento facto decesserit : atque ob hanc solam causam contra tabulas bonorum possessio opponitur successioni intestati, meræ scilicet illi, seu cùm nullæ tabulæ factæ sunt, *l.* 1. *in pr. &* §. *rectè autem.* 5. *unde lib. l.* 4. *C. de collat.* non, inquam, ut successio ex testamento, sed ejus, qui facto testamento decessit. Quod idcirco moneudum fuit, quia à paucis observatum.

Quæ præteritis liberis) Præteritis liberis datur bonorum possessio contra tabulas patris aut cæterorum parentum per patrem conjunctorum, *π*. & *C. de bon. poss. cont. tabul.* quæ species à nobis exposita est sub §. *eadem.* 12. *de hær. quæ ab int. &* §. 3. *sup. de exhær. lib.* Sunt & aliæ species bonorum possessionis contra tabulas, veluti ea, quæ patrono præterito datur contra tabulas liberti, §. 1. *sup. de success. libert.* item quæ datur patri adversus tabulas filii, quem emancipavit, *l.* 1. *si à parent. quis man.*

Secundum tabulas) Quod si hæres non scriptus testamento, sed nuncupatus sit, datur secundum nuncupationem, *l.* 2. *C. de bon. poss. sec. tab.* Datur, si modo tabulæ rectè factæ sint. Enim verò prætor non omnes hic solemnitates juris civilis desiderat, sed hoc tantùm requirit, ut septem testium signis tabulæ signatæ sint. Secundum nuncupationem quoque non aliter dat, quàm si testator voluntatem suam rite declaraverit. Illa autem contra tabulas, & in edicto & hìc primo loco proposita est, quoniam, 2 si eo testamento, de quo agitur, liberi defuncti præteriti sint, ad hos prius contra tabulas pertinet, nec ante ad scriptos hæredes pervenitur, quàm liberi bonorum possessione contra tabulas exclusi sint, *l.* 2. *in pr. sec. tab.* Quod si scripti præmaturè secundum tabulas impetrarint, ea sine re futura est, si liberi postea suo jure utantur. De quo plura scripsimus sub *tit. de exhæred. lib. ad calcem. pr.*

Unde liberi) Patre intestato mortuo datur liberis bonorum possessio, quæ *unde liberi* dicitur, introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia, §. *emancipati.* 9. *sup. de hær. quæ ab int.* sed interim tamen & suis hæredibus edicto proposita, *l.* 1 *liberos.* 6. *unde lib.*

Secundo legitimis hæredibus) Quæ dicitur *unde legitimi*: & generaliter omnibus defertur, quibus lex aut Senatus defert hæreditatem. Unde & mater, quæ ex Senatusconsulto Tertylliano venit, & liberi, qui ex Orficiano ad legitimam matris hæreditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt, *l.* 2. §. *ult.*

ult.l.3. unde legit. vid. *sup. de leg. agn. succ. & 2. tit. seqq.*

Tertio decem personis, quas extraneo manumissori) Extraneus manumissor patri manumissori opponitur. Est autem extraneus manumissor emptor ille imaginarius seu pater fiduciarius, qui filium à patre naturaliter venditum sibi, ter ipse manumisit, nullo fiducio pacto interposito, ut post tertiam emancipationem eum remanciparet. Huic enim tamquam patrono jure civili legitima hæreditas deferebatur, excluso patre naturali cæterisque personis, quæ hìc enumerantur: videsis quæ *sup.* §. *ult. de leg. agn. succ. & sup.* §. *præterea. 6. quibus mod. jus pat. pot. solv.* quod prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum possessionem intelligit Modestin. *l. si ad patrem.* 10. *de suis & legit.* Ait *decem personis.* Totidem eædem personæ præferuntur fisco in iis, quæ à viro relicta sunt mulieri, si eum non eluxerit, *l. 1. C. de sec. nupt.* Vinn. Parum accuratè extraneus manumissor, vel emptor filii imaginarius appellatur *pater fiduciarius.* Si enim vel maxime fateamur, id vocabulum esse genuinum & antiquum; non prius tamen illud emptori dari potuit, quàm interposita fiducia, id est contractu de filio tertium sibi emancipato patri naturali remancipando. Hic autem agitur de filii emptore, qui nullam contraxerat fiduciam, adeoque filium sibi mancipatum non patri remancipaverat, sed eum ipse manumiserat, & eo ipso sibi adquisiverat jura patronatus. Hein.

Quinto tamquam ex familia) Ita legitur in vulgatis & apud Theoph. Cujacius reponit, *tum quem ex familia.* Alii aliter. Puto autem, familiam significari patroni, id est, hac bonorum possessione vocari patroni agnatos. Certè hos etiam ad successionem liberti admissos fuisse constat, *l. 3.* §. *utique. 9. de suis & leg. l. liberto 17. de bon libert.* ut vero non fit simile, eos hìc esse omissos. Nec me movet, quod hac explicatione admissa invertitur ordo succedendi; cùm patronus familia sua sit potior. Nam Tribonianus, cui propositum fuit tollere bonorum liberti possessiones, necesse non habuit accuratè ordinem observare; quod fortasis nec ipse prætor fecit. Quod si hæc ad familiam liberti referri volumus, intelligendi erunt liberti quasi agnati. Ut verbi causa, si alter ex duobus fratribus manumissis filium genuerit, hic filius tamquam agnatus ad patrui sui bonorum possessionem admittatur. Sed vix est, ut hoc obtinuisse credam;cùm utique tales personæ inter cognatos vocatæ fuerint.

Sexto patrono patronæque) Qui etiam in secundo ordine ex edicto unde legitimi venire possunt, *l. 2.* §. *1. l. 3. unde legit.* Vinn. Patronus hìc vocatur, si forte tempore, vel repudiatione effectum esset, ut ex præcedentibus edicti partibus venire non posset. Ita & Theophil.*ad.h.*§.Conf. V. C. Ant. Schulting. *ad* Ulpian. *tit.* 28. §. 7. *p.* 673. Hein.

Septimo viro & uxori) Hæc septima bonorum possessio, *unde vir & uxor* dicta, viro & uxori defertur, excluso fisco, qui alioqui bona vacantia occuparet, *l. un.* ff. *& C. unde vir. & ux.*

Octavo cognatis manumissoris) Probabilis hinc mihi videtur conjectura Bachovii, prætorem etiam separatim de bonorum possessionibus libertorum edixisse, easque similiter ut ingenuorum proposuisse tribus distinctibus ordinibus, quorum in primo promiserit patronis eorumque liberis & parentibus in secundo quasi agnatis eorum, in tertio cognatis. Vinn. quæ conjectura Bachovii præsidium reperit in Basil. *Tom. 6. p.* 595. Vid. Schulting. *ibid.* Hein.

Textus.

Jus novum.

2. *Sed eas quidem prætoria introduxit jurisdictio; à nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est; sed nostris constitutionibus omnia corrigentes,* contra tabulas *quidem*, & secundùm tabulas *bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato*, unde liberi & unde legitimi, *bonorum possessiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est,* unde decem personæ, *eam pio proposito & compendioso sermone supervacuam ostendimus. Cùm enim privata bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori; nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus, contracta fiducia, manumissionem facere dedit; ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata igitur prædicta quinta bonorum possessione in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus, & quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur. Cùmque antea fuerat septimo loco bonorum possessio,* tamquam ex familia: & *octavo*, unde patroni patronæque, liberi & parentes eorum, *utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cùm enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gra-*

gradum tantummodo coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia, sufficit eis tam contra tabulas *bonorum possessio*, quàm unde legitimi & unde cognati, *ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto. Aliam verò bonorum possessionem, quæ* unde vir & uxor *appellatur: & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & altiore loco, id est, sexto eam posuimus: decima quoque veteri bonorum possessione, quæ erat* unde cognato manumissoris, *propter causas enumeratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.*

NOTÆ.

1 *Nostra constitutio*) Extat in *l. ult. C. de emanc. lib.* vid. *sup.* §. 6. *quib. mod. jus pat. pot.*

Usque ad quintum gradum) Tam liberorum patroni, quàm ex transverso conjunctorum, ut rectè Cujac. & verba constitutionis ostendunt, *d.* §. 3. *de succ. libert.* à nobis relata. Errat igitur cum Mynsing. Pacius *in margine.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex bonorum possessionibus retentis, primæ quatuor quando necessariæ, quando utiles tantum?*
2 *Hodie nulla horum trium, unde liberi, unde legitimi, unde cognati necessariam esse: & vix ullam earum utilem.*
3 *Septima & octava quare sublatæ? Ubi quædam illustrantur ex constitutione Græca.*
4 *Solam unde vir & uxor jure novissimo necessariam.*

HOc §. removet quasdam species ex iis, quæ præcedenti §. recensitæ sunt, atque in earum locum quasdam transponit, quas servat, remotiores. Conjunctim autem hic numerat bonorum possessiones, tam quæ testamento facto competunt, quàm quæ ab intestato, quas modo separatim & distinctè consideravit. Unde fit, ut verbi causa, bonorum possessio *unde cognati*, quæ modo illi quarta fuit, hìc sexta numeretur.

Utpote necessarias) Ait, se quatuor primas bonorum possessiones, nempe *contra tabulas, secundum tabulas, unde liberi, & unde legitimi,* retinuisse; utpote quarum usus sit necessarius, aut certè, quod intelligendum est, uti-1 lis. Equidem bonorum possessio *contra tabulas* liberis emancipatis omnino necessaria erat: quippe qui jure civili pro extraneis habiti; adeoque adhuc hodie est, ut defendimus *sup. ad pr.* & §. 2. *de inoff. test.* suis verò hæredibus præteritis neque olim fuit, neque nunc est necessaria. *Secundum tabulas* necessaria olim posthumo alieno hæredi instituto, nunc non est, *sup. eod. in pr.* Cæteris hæredibus testamento facto scriptis nec olim, nec nunc necessaria, sed utilis dumtaxat: necessaria tamen, si quid solemnitatis jure civili requisitæ desit. Cæterum tunc sæpe sine re aut effectu est, proximis ab intestato hæreditatem evincentibus. Ulp. *tit.* 28. §. *ult. Unde liberi* non necessaria suis hæredibus: quippe qui ipso jure hæredes existunt: necessaria emancipatis; at hodie ne illis quidem. Nam cùm novissima Justiniani lege idem jus in successione ab intestato emancipatis tributum sit, quod sui habent, *Nov.* 118. certè prætoris auxilio non amplius indigent, quamvis nihilominus ad acquirendam hæreditatem necessaria illis sit aditio. Sed neque bonorum possessio *unde legitimi* necessaria. Quippe cùm agnati ex lege 12. tabb. cæteræ legitimæ personæ ex Senatusconsultis aut constitutionibus, quibus jus agnationis iis datum est, succedere possint, *l.* 3. *unde legit.* A prætore cuiquam jura legitimæ successionis data non legimus. Hodie hæc species una fere est cum *inde cognati.*

Unde decem personæ) Hanc bonorum possessionem sponte evanescere necesse fuit, nullamque ejus usum relinqui, ex quo extranei manumissores, quibus ea decem memoratas personas præponebat, esse desierunt. Desierunt autem, postquam Justinianus emancipationem fieri voluit sola professione patris, apud competentem magistratum denunciantis, se filium de manu sua ac potestate dimittere, omni venditionum & intercedentium manumissionum ritu sublato, *l. ult. C. de emanc. lib.* Nam ex eo tempore non alius, quàm pater naturalis filii emancipati manumissor existere potuit. Cessante igitur bonorum possessione *unde decem personæ*, locum ejus occupare jussit bonorum possessionem *unde cognati*, quæ olim necessaria, hodie non est post juris agnatorum & cognatorum confusionem, *Nov.* 118. Ita-2 que tres illæ bonorum possessiones, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati,* nullam necessitatem, immo vix utilitatem ullam hodie habent, mutato ordine succedentium, sublataque veteri sexus, familiæ, agnationisque prærogativa. Atque in hoc omnes fere consentiunt. Christin. *vol.* 4. *dec.* 1.

Tamquam ex familia, & unde patroni) Ait, 3 se hasce duas bonorum possessiones, *tamquam ex familia*, & *unde patroni, liberique & parentes eorum*, sustulisse constitutione sua de jure patronatus. Hæc est eadem illa Græca constitutio,

tio, cujus superius quoque aliquoties meminit, & qua totam se causam successionis libertorum plenè definivisse testatur, §. 3. *de succ. libert.* Non extat constitutio, sed epitomen ejus nobis ex Basilicis repræsentat Cujacius *lib.* 20. *obs.* 34.

Ad similitudinem successionis ingenuorum) Hujus loci non hæc sententia est, Justinianum in successione libertorum inter se, aut in successione cognatorum liberti (agnatos, ut sæpius jam dictum est, liberti nullos habent,) eadem jura constituisse, quæ in successione ingenuorum: sed hæc voluisse simili ratione, patronum ejusque liberos, parentes, agnatosque & cognatos succedere liberto, qua succeditur ingenuis. Quod ex iis, quæ mox subjiciuntur, liquet. Ita quoque supra *d.* §. *in fin. de succ. libert.* ait, se bene concordantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecisse; cùm tamen ibi tantùm definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati succedant libertis.

Usque ad quintum gradum) Tam liberorum patroni, quàm agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod ostendit ipsa constitutio, in qua hæc legimus, ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πάτρωνος, καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομείτωσαν τῶν ἀπελευθέρων. Falluntur igitur Mynsing. & Pacius, dum verba textus restringunt ad eos, qui ex transverso patrono juncti. In summa, hanc differentiam Justinianus esse voluit ingenuitatis & libertinitatis in successionibus, ut licet illæ laxius deferantur, hæ tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni consisterent, *d.* §. 3. *de succ. libert.* in cujus §. fine ob hanc causam particula (*pene*) addita est.

Sufficit eis contra tabulas) Si libertus liberos non habens testamento suo patronum præterisset, aut minus parte dimidia bonorum reliquisset, dabatur edicto prætoris patrono contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum possessio, §. 1. *d. tit. de succ. libert.* Justinianus pro dimidia tertiæ tantùm partis dari voluit, *d.* §. 3. Ad hanc tertiæ partis bonorum successionem admittuntur soli patroni eorumque liberti, non etiam qui ex latere veniunt: Sed nec liberi admittuntur ultra quintum gradum. Utrumque hoc eadem constitutione expressum est: sic enim definit, ut in proposito tertiæ partis bonorum possessionem petere possint, ὁ πάτρων καὶ πάτρωνισσα καὶ παῖδες αὐτῶν, οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τῶν πατρώνων καὶ καὶ μόνοι. οἱ περαιτέρω αὐτῶν κατιόντες, ἢ ἐκ πλαγίου, οὐκ ἔχουσι τὴν ἐναντίωσιν τῆς διαθήκης, &c.

Unde legitimi, & unde cognati) Itaque, libero intestato sine liberis mortuo, patronus, liberi ejus, agnati & cognati ex istis aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

Unde vir & uxor) Hanc servatam Justinianus proximo loco ab illa *unde cognati* collocavit, agmenque ordinariarum claudere jussit. Est inter eas, quæ ab intestato promittuntur, sola etiam nunc necessaria. Illa alia successionis species est, per quam conjux inops ad partem vocatur, *auth. præterea. C. unde vir. & ux.*

Unde cognati manumissoris) Quippe quibus sufficit generalis *unde cognati*, ut modo dictum est. Igitur sustulit Justinianus tres illas bonorum possessiones, quæ patrono ejusque liberis & parentibus, quæ agnatis patroni, quæ ejusdem cognatis dabatur.

Sex bonorum possessiones ordinariæ) Duæ facto testamento, *contra tabulas* & *secundùm tabulas*, quatuor tabulis non extantibus, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati*, & *unde vir & uxor.* Dicuntur ordinariæ, quia certum habent in edicto ordinem, gradum & titulum, *l.* 1. *quis ord. in poss.* §. *cum igitur.* 4. *inf. hoc tit.* quæ sequuntur, sunt extraordinariæ.

TEXTUS.

Species extraordinaria.

3. *Septima eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Novissimè etiam promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, prætor stabili jure connumeravit; sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibusve principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.*

NOTÆ.

3. *Lege vel SCto*) *L. un. D. ut ex legib. SCtis vel constit. bon. poss.* Distinguitur etiam bonorum possessio in edictalem & decretalem, *l.* 1. §. 7. *de succ. edict. l.* 1. §. 4. *unde lib. l.* 30. §. 1. *de acquir. hær.* illa ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione postulanti datur, ac proinde de plano peti potest, quales natura sua omnes ordinariæ: hæc non ex solo edicto, sed interveniente decreto, &c. decernitur, *l.* 2. §. 1. *quis ordo in bon. poss. l.* 3. §. *pen. h. t.* quales Carboniana aliæque extraordinariæ, *l.* 1. & *pass. de Carbon. edict. l.* 84. *de acq. hær. l.* 14. §. *ult. cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Extraordinariarum bonorum possessionum quasdam esse definitas, quasdam indefinitas; atque utriusque speciei exempla.*

2 *Bonorum possessionem, quæ edictalis dicitur, & eam, quæ decretalis, esse species revera oppositas, contra comm.*

PRæter sex illas bonorum possessiones ordinarias, quas sic appellari diximus, quia certo jure atque ordine, certisque personis, tum testamento facto, tum ab intestato deferuntur, haud secus ac ex legibus hæreditas, sunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum illum ordinem quibusdam accom- 1 modantur. Harum autem quædam definitæ sunt, hoc est, semel cæteris casibus ac personis propositæ, his ipsis, causa cognita, decernuntur: cujusmodi est ea, quæ ventri datur, *tit. de ventr. in poss. mit.* Item Carboniana, quæ ex edicto Carboniano datur impuberi, qui filius esse negatur, dilato status judicio in tempus pubertatis, *l. 1. & pass. de Carb. edict.* hæc expressæ ordinariæ, opponitur in *l. 3. §. pen. & ult. d. tit. l. 5. §. si quis. 3. de lega. præst.* Aliæ indefinitæ & vagæ, quæ variis ex causis, prout res & æquitas exigit, à prætore decernuntur. Huc pertinent species propositæ in *l. ventre. 84. de acq. hær. l. 4. §. ult. cum l. seq. l. si duobus. 14. §. ult. cont. tab. l. si infanti. 18. C. de jur. delib. l. 2. §. si quis. 14. ad Tertyll.* Nonnulli huc etiam referunt bonorum illam possessionem præparatoriam querelæ inofficiosi testamenti, quæ litis ordinandæ causa conceditur, *l. 6. in fin. & l. 7. de inoff. testam.* Pertinet & huc ea bonorum possessio, quæ lege uti detur, Senatusve consulto, aut constitutione cautum est, *l. un. ut ex legibus, &c. l. 3. unde legib.* Exempla ex lege Papia, lege Cornelia, Senatusconsulto Aproniano, profert Scipio Gentil. *1. de jurisdict. 26. argum. §. 2. sup. de succ. libert. l. omnibus. 26. ad Senatusc. Treb. l. 4. C. de postlim. rev.* Cujacius & Hotomannus ex constitutione Hadriani, qua militis capite damnati ex delicto militari bonorum possessio defertur cognatis militis usque ad quintum gradum, *l. 2. de veter. success. l. 6. §. sed & 6. de injust. rupt. test.* Hotomannus item aliud ex ejusdem Imperatoris constitutione, qua in specie *l. posthumus 12. d. tit.* scriptis hæredibus defertur bonorum possessio secundùm tabulas, ut rem obtineant, quæ alioqui sine re futura erat. Permiscentur autem hæ bonorum possessiones omnes per superiores ordines, verbi causa, Carboniana datur impuberi, cui controversia fit, an sit ex liberis, si præteritus est, contra tabulas; si institutus, secùndum tabulas: ab intestato, unde liberi, *l. 1. & l. 2. de Carbon. edict.* In libris nostris bonorum possessio sic etiam distinguitur, ut quædam dicatur edictalis, quædam decretalis, *l. 1. §. decretalis. 7. de succ. edict. l. §. sed & 4. unde lib. l. cum quidam. 30. §. 1. de acq. hær.* Doctores vulgo existimant, non esse hæc nomina diversarum specierum, sed attributa tantùm; quibus una eademque specie bonorum possessio distinguatur; & edictalem dici, quatenus ex edicto prætoris mortui, ut loquuntur, competit decretalem, quatenus à vivo prætore conceditur; seu eamdem bonorum possessionem; quæ edictalis vocatur, quatenus consideratur, ut edicto proposita & promissa, decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita post Accurs. Cyn. Bart. aliosque veteres interpretes, Sichard. *ad rub. C. qui adm. ad bon. possess. num. 10. & seqq.* Schneid. *in §. seq. num. 7.* Mynsf. *hic ad rubr. num. 10.* Menoch. *rem. 1. adipisc. poss. num. 10. & seqq.* Graff. *§. bon. possessio. quæst. 3.* Tulden. *comm. in hunc tit. cap. 3.* Sed 2 videamus, an non, quod magis arbitror, sint revera hæ distinctæ & oppositæ species, & falsa illa DD. opinio. Moveor primum eo, quod edictalis decretali opponitur, ut ordinariæ extraordinariæ, *l. 1. §. hæc autem. 14. & seq. de Carbon. edict. l. 5. §. 3. de leg. præst.* Deinde quod Jurisconsultus scribit, concessione Carbonianæ possessionis non impediri edictalem, *d. l. 1. §. 4. unde lib.* & quod huic simile in *d. l. 3. §. pen. de Carb. edict.* eum, qui se filium dicit, non solùm Carbonianam possessionem accipere debere, verùm etiam ordinariam. Tertio quod decretalis expressè opponitur ei, quæ de plano agnoscitur, *l. 2. §. 1. quis ordo in bon. poss.* Quarto quod in tempore petendæ edictalis dies omnes utiles, id est, quibus qualiscumque magistratus copia fuit, in decretali tantùm dies sessionum, ut utiles, computentur, *d. l. 2. §. 1.* Quinto, quod decretalis cum effectu propriè non intelligitur delata, antequam decreta est: cui consequens est, quod nec repudiari possit, *d. l. §. decretalis 7. de succ. edict.* at in edictali tempora delationis & acquisitionis distincta sunt, uti in hæreditate; ac proinde jus ejus petendæ repudiari potest, *d. l. 1. §. 1. & §. qui semel. 6. in plurium. 70. de acq. hær.* Hæc omnia, si quid video, clarè ostendunt, DD. in explicatione hujus rei errasse, & memoratas bonorum possessiones verè esse diversas species, & quæ forma differant. Nimirum edictalem dici & esse, quæ postulati datur ex ipso edicto sine decreto aut cau-

causæ cognitione, quæ proinde etiam de plano peti potest; quales natura sua sunt ordinariæ omnes: decretalem, quæ non ex solo edicto; sed interveniente decreto magistratus datur; seu quæ causa cognita petenti adjudicatur, ac proinde sedente pro tribunali magistratu peti & decerni debet, *d. l.* 2. §. 1. *quis ord. in bon. poss. l.* 3. §. *pen. hoc tit.* quales natura sua Carboniana, aliæque extraordinariæ, *l. ventre.* 84. *de acq. hær. l. si duobus* 14. §. *ult. cont. tab.* Ajo, natura sua: nam ex accidenti fieri potest, ut interdum de plano peti & concedi possit, quæ natura sua decretum requirit, atque in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus sit causæ cognitione, *arg. l.* 1. §. *si ea.* 14. *l.* 7. §. 1. *de ventr. in poss. mitt. l.* 1. *pr. l.* 3. §. 4. *de Carb. edict. l.* 3. §. *pen. hoc tit.* Atque ita ferme etiam doctissimi recentiorum interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotom. Donell. Wesemb. Bachov. Vinn. Accedit & altera differentia ratione effectus. Edictalis enim est perpetua: decretalis ad certum tempus datur. Vid. D. Pagenstech. *Admon. ad ff. Part.* 6. §. 5. Unde divisio bonorum possessionis in *perpetuam* & *temporalem*, quam reliquis addunt Doctores, cum hac eadem videtur. Hein.

Textus.

De successorio edicto.

4. *Quum igitur plures species successionum prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, & in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ; ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, & ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent, ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quàm adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, cæteris autem (agnatis vel cognatis) centum dierum dedit.*

Commentarius.

Dispositis per ordinem bonorum possessionibus, edictum prætor subjecit, quod successorium ex potissima parte appellantur. Duo enim sunt hujus edicti capita. Priore, quod principale est, prætor denunciat, se inter eos, quibus bonorum possessio defertur, successionem permissurum, *l.* 1. §. *quibus.* 10. *de success. edict.* Successio hæc duplex est, una *ordinum*, altera *graduum. Ordinum* dicitur, cùm ordo personarum universus, quarum in petenda bonorum possessione prima causa est, illam omisit; veluti liberis omnibus omittentibus, res ad agnatos redit, & his rursus eam repudiantibus, ad cognatos; postremo ad virum & uxorem. Hi enim nunc sunt ordines intestati, §. 2. *sup. eod. l.* 1. §. 1. *unde lib. l.* 1. *quis ordo in bon. poss.* quibus locis verba Jurisconsultorum à Triboniano circumcisa sunt. Vulgo hæc successio de ordine in ordinem apppellatur. Potest & de capite in caput nominari, *l.* 5. *C. qui adm. ad bon. poss. Graduum* successio dicitur, cùm iis, qui in ordine aliquo sunt gradu proximo, omittentibus, remotioris gradus in eodem ordine personæ admittuntur. Quæ successio est de gradu in gradum, atque in solo ordine cognatorum, non etiam liberorum aut agnatorum, locum habet. Nam in liberorum ordine nulla est gradus prærogativa; agnatos verò remotiores, proximis repudiantibus, non quasi agnatos, sed quasi cognatos, prætor admittit, §. *placebat.* 7. *sup. de leg. success. agn.* Sed enim cùm eo loco Justinianus etiam in hæreditatibus graduum successionem inter agnatos admiserit, prætoris est, etiam in bonorum possessione eam inter illos admittere; arg. *l.* 3. *unde legit.* quamquam nunc hæc disputatio supervacua est, sublata prærogativa ordinis agnatorum, *Nov.* 118. Capite hujus edicti altero certum tempus petendæ bonorum possessioni præfinitur *d. l.* 1. *in pr.*

In unaquaque specie successionis) Id est, ordine; ut in tribus illis, intestati, liberorum agnatorum, cognatorumque. Nam quarti, viri scilicet & uxoris, nulli sunt gradus.

Plures dispari gradu) Gradus bifariam usurpatur, interdum pro ordine successionis ab intestato, *l.* 1. *quis ordo in bonor. poss. l.* 6. *unde cogn.* frequentissimè verò, ut & hoc loco, pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differrentur) Edictum successorium præcipuè quidem cognatorum inferiorum causa comparatum est, sed tamen ex parte id etiam creditoribus consulit, atque ipsi quoque defuncto: triplicique omnino de causa prætor è re esse putavit, præstituere certum & breve tempus ad bonorum possessionem petendam. Prima est, ut sciri possit, quando finito jure primorum graduum, sequentes eam petere possent, nullove petente, insequens ordo aut fiscus admitteretur. Altera, ne, si bona hæreditaria diu jacerent, creditoribus longior mora afferretur, quorum interest maturè scire, utrum habeant quem conveniant, aut bona fisco sint delata. Tertia, ne creditores, si nemo inveniatur, qui actio-

actiones excipiat, ad possessionem & distractionem bonorum procedant, quod defuncto ignominiosum, *d. l. 1. in pr. & §. 1. de succ. edict.* Vinn. add. Cic. *pro P. Quint. cap. 15.* & supra §. 1. *Inst. quib. ex causs. man. non lic.* Hein.

Liberis & parentibus anni spatium) Largius tempus liberis & parentibus tributum est in honorem sanguinis, *l. 1. §. largius. 12. de succ. edict.* Parentes quidem nullo proprio ordine aut capite ad bonorum possessionem vocantur: cæterum admittuntur vel ex capite unde legitimi, ut parens manumissor, cui etiam contra tabulas datur, *d. l. 1. §. pen.* & mater, quæ ex Tertylliano venit, *l. 2. §. ult. unde leg.* vel ex capite unde cognati. Atque ex his omnibus causis intra annum bonorum possessionem petere possunt, *dict. l. 1. §. ult.*

Textus.
De jure accrescendi: & iterum de successorio Edicto.

5. Et, si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit, vel si nullus sit, deinceps cæteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si iis, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur: sed statim cæteri ex eodem edicto admmittuntur.

Commentarius.

Non tantùm in successione ex testamento locus est juri accrescendi, verùm etiam in successione ab intestato, tum legitima, *§. ult. sup. de Senatusc. Orfic.* tum honoraria. Ut docet hic locus, & *l. 3. §. ult. cum 2. ll. seqq. hoc tit. l. un. C. quand. non pet. part.* vid. Duar. *1. de jure accresc. 20. & 2. c. 18.*

Non petierit) Si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, cæteri non admiserunt; vel quod spreverint jus suum, aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sint, aut ante mortui, quàm bonorum possessionem petierint, ei, qui admisit, accrescunt portiones, quæ cæteris competerent, si petiissent, *d. l. 3. §. ult. & 2. seqq.* Et accrescunt igitur portiones deficientium sive nova petitione aut agnitione, ut jure civili portiones hæredum deficientium sine nova aditione accrescunt iis, qui pro sua parte hæredes extiterunt.

Deinceps cæteris) Qui vel in eodem ordine inferiori gradu sunt, aut his omnibus deficientibus, qui proximi sunt gradu in ordine sequenti. Nam edicto successorio non est locus, nisi inter personas diversi ordinis aut gradus. Illud notandum, successionem ordinum prætorem admisisse etiam in una eademque persona, verbi causa, ut filius omissa bonorum possessione *unde liberi*, petere adhuc possit, *unde legitimi* aut *unde cognati*, *d. l. 1. §. sed videndum. 11. de succ. edict. l. 2. unde legit.*

Sed statim cæteri) Ut primum quis delatam sibi bonorum possessionem repudiavit, continuo cæteri admittuntur, non expectato tempore petitioni præfinito, *d. l. 1. §. quibus 10. de succ. edict.* Ex quo intelligimus, tum eum, qui semel noluit bonorum possessionem petere, jus ejus petendæ amisisse, etiamsi tempora largiantur; tum, quod huc præcipuè pertinet, repudiantibus primis, statim insequentibus tempus currere: quippe ad quos, illis repudiantibus, bonorum possessio statim pertinere incipit, *d. l. 1. §. 6.*

Textus.

6. In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur.

Commentarius.

Qui dies continui, qui utiles, qui sessionum? Et quando de plano prætor jus reddere dicatur?

Dies in jure nostro alii sunt *continui*, alii *utiles*. *Continui*, qui sine interruptione nullisque exceptis currunt: *utiles* illi dumtaxat, quibus experiundi sui juris potestas est, *l. 1. de div. & temp. præscr. l. 11. §. quidam. 5. ad leg. Jul. de adul.* & proinde hi neque ignoranti, neque agere non valenti currunt. In hoc ergo negotio cùm dies utiles solùm considerentur, neque illud tempus numerabitur, quos quis nescivit bonorum possessionem sibi delatam esse, neque illud, quo à prætore eam postulare non potuit, *l. 2. pr. quis ord. in bon. possess.* Non enim semper prætoris copia est, *l. sed & si 26. pr. & §. 4. ex quib. ca. maj.* Dupliciter verò prætor copiam sui facit; interdum pro tribunali, interdum extra tribunal quovis alio loco, ubi salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit, *l. pen. l. de just. & jur.* Quibus diebus pro tribunali sedens postulationibus & cognitionibus occupatur, ii dies *sessionum* appellantur, *d. l. 2. §. 1. quis ordo in bon. poss.* Cùm alio loco civibus se præbet, *de plano* jus reddere dicitur, *l. nec quicquam. 9. §. 3. de offic. proconf. l. 6. de accus.* suntque hæc nostris adversa, pro tribunali cognoscere, & de plano, *l. 1. §. abolitio. 8. ad Turpil. l. unius. 18. in fin. de quæst.* Quæcumque causæ cognitionem decre-

cretumve magistratus desiderant, pro tribunali, non de plano cognoscendæ & expediendæ sunt, *d. l. 9. §. 1. de off. proconſ. l. omnia. 71. l. ubicumque 105. de reg. jur.* Cùm ergo, ut antea ostendimus, quædam bonorum possessiones sint, quæ decretum magistratus exposcunt, ob quam causam etiam decretales dictæ; quædam, quæ decretum causæve cognitionem non requirant, edictales appellatæ; & consequenter illæ tantùm pro tribunali peti & dari, hæ verò etiam de plano possint: hinc fit, ut in his omnes dies, quibus quovis modo prætoris copia fuit, utiles numerentur, in illis sessionum dumtaxat, *d. l. 2. §. quis ord. in bon. poss.* VINN. Non ergo confundendæ loquutiones: *de plano cognoscere* (unde *plenaria interpellatio* in *l. 4. C. de dilat. edit. Haloandr.*) & *summatim cognoscere*. Bonorum enim possessio ex edicto Carboniano non dabatur de plano, sed pro tribunali; & tamen cognitio erat summaria. *l. 3. §. 8. de bon. poss. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in poss. serv.* Rem omnes accuratius exposuit Vir Celeberrimus Ger. Nood. *de Jurisd. lib. 1. cap. 10. p. 135.* HEIN.

TEXTUS.
Quomodo peti debet.

7. Sed bene anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet: sed quocumque modo admittentis eam indicium ostenderit, intra statuta tamen tempora, plenum habeat earum beneficium.

NOTÆ.

Quocumque modo, &c. indicium) Sufficit qualecumque indicium admittendæ bon. possessionis, οἱαδηποτε ἔμφασις, qualiscumque significatio, aut ut est in *d. l. ult. testatio amplectendæ hæreditatis.* Magistratum tamen adire oportet, apud quem de voluntate nostra publicè testemur, *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

Vetus petitio bonorum possessionis solemnis fuit, ut significat *l. 1. C. comm. de succ.* Solemnitas certam verborum conceptionem seu formulam habuit, quibus & peteretur, & petenti daretur. Tum etiam hic ritus erat, quod non apud quemvis magistratum peti poterat, nec cujusvis magistratus erat dare, sed solùm prætoris in urbe & præsidum in provinciis, *l. 2. §. 1. & seqq. quis ord. in bon. poss.* Utrumque hoc sustulit Constantius, exclusisque verborum inanium, ut ipse eas appellat, captionibus, constituit, ut satis sit, eum, cui bonorum possessio delata est, quemvis judicem, & vel magistratum municipalem adire, atque apud hunc, qualicumque voluntatis testatione interposita bonorum possessionem amplecti, *l. ult. C. qui adm. ad bon. poss.* Cæterum hoc ad extraordinarias bonorum possessiones, quæ non nisi causa cognita decernuntur, non pertinet; sed hæ etiam nunc prætorem & tribunal desiderant.

Sed quocumque modo admittentis, &c.) Magistratum tamen aliquem adire oportet, apud quem de voluntate nostra publicè testemur: alioqui si nuda & simplex declaratio voluntatis privatim aut coram testibus facta sufficeret, agnitio bonorum possessionis nulla in re defferret ab aditione hæreditatis: & Constantius tantùm necessitatem petitionis solemnis & necessitatem prætoris aut præsidis adeundi in agnoscenda bonorum possessione sustulit, *d. l. ult. C. qui adm. ad bon. poss.* In hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est, sed utimur tantùm aditione sive agnitione hæreditatis civili. De Germania idem testatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnion. *lib. 5. leg. abrog. c. 17. in fin.* Apud quosdam adhuc locus esse dicitur bonorum possessioni *unde vir & uxor*: apud nos tamen numquam usurpata fuit. Quin contra non semel accidit, ut fiscus, nemine ex consanguineis sese offerente, bona cum superstite conjuge diviserit, *decis. supremi apud nos Senatus* 7. Grot. 2. *introd.* 30. add. Christ. *vol. 6. decis. 62. n. 7.* Gudel. *lib. 1. de jur. noviss. c. 14.* Zypæ. *not. jur. Belg. tit. unde liberi.* Groenevv. *tit. C. unde vir. & ux.* VINN. Non tamen dubium, quin usus adhuc tantum non ubique sit in bon. possessionum temporalium & extraordinarium. Exempla passim habent scriptores pragmatici. Vid. Hopp. *ad. Inst. h. t. §. 2.* Stryk. *us. hodiern. Digestor. h. t.* HEIN.

TITULUS UNDECIMUS.
DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Continuatio, & origo.

Sequitur nunc species acquisitionis per universitatem: quæ inter hæc genera tertio loco collocata est, *§. ult. sup. per quas perf.* nimirum acquisitio per adrogationem. Inter su-

superiores autem illas & hanc hæc est differentia, quod per illas defuncti, per hanc viventis universa bona acquirimus. Estque hæc acquisitio necessarium consequens juris patriæ potestatis.

TEXTUS.

Est & alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege duodecim tabularum, neque prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

COMMENTARIUS.

Cum jus hujus acquisitionis dependeat à jure antiquo patriæ potestatis: quæ potestas lege Romuli primum introducta, à decemviris postea repetita est, ut ostendimus *sup. tit. de patr. potest.* ex lege potius seu legis sententia hanc acquisitionem descendere, quum moribus, aut consuetudine receptam esse, dicendum videtur, *arg. l. 6. §. 1. de verb. sign. & sup. tit. de leg. patron. tut.* cùm satis constet, eos qui adrogantur, tam jure legeque filiosfam. fieri, quàm si ex patre matreque ejus familias nati sint. Dicitur quidem etiam patria potestas moribus recepta, *l. 8. de his qui sui vel al. jur.* sed dumtaxat certo respectu, ut loco citato demonstratum est. D. Cujacius non ad modum acquirendi hæc refert, sed ad jus adoptandi seu adrogandi; quod exterum cùm esset populus Rom. receperit, sibique adsciverit ex legibus theticis Græcorum. Sanè nusquam proditum est, lege aliqua cautum, ut liceret civi Romano filium sibi adoptare. Quin singulæ adrogationes stante repub. per populi rogationem fiebant commitiis curiatis: quod diligentius expositum *tit. de adopt.*

TEXTUS.

Quæ hoc modo acquiruntur. Jus Vetus.

1. *Ecce enim cùm paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus corporales & incorporales, quæque ei debitæ sunt, adrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt; quales sunt operarum obligationes, & jus adgnationis. Usus etenim & ususfructus licet his antea connumerabantur; attamen capitis deminutione minima tolli prohibuit nostra constitutio.*

NOTÆ.

1. *Quales operarum*) Officialium scil. nam fabrilium obligatio capitis deminutione non perimitur: quippe quæ à quocumque cuicumque rectè solvuntur, *l. 9. §. 1. de op. lib.* Locus difficilis, quem Theoph. se explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapsu, ut credo, memoriæ: videsis Cujac.

Nostra constitutio) *L. pen. C. de usuf.* vid. *sup. §. pen. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Per adrogationem etiam possessionem acquiri adrogatori: & quare?*

2 *Operarum obligationes quæ hìc intelligantur?*

Omnes res ejus) Qui se adrogandum dat, cum capite fortunas quoque suas, id est, omnia quæ habet, transfert ad patrem adoptivum, *l. pen. §. 2. sec. tab. l. 15. de adopt.* adeo ut actiones etiam & nomina transeant sine ulla cessione, *hoc text.* quippe cessio, quæ alias ad actiones transferendas necessaria est, hìc non est: quoniam hæc acquisitio universalis est, & quantum ad commoda attinet, successioni per omnia similis. Quin (1) etiam non proprietas tantùm, verùm & possessio adrogatori acquiritur, *l. 16. de precar.* neque absurdum est, licet id Faber existimet, plus in eo tribui adrogatori quàm hæredi, ad quem etsi adita hæreditate jura omnia transeunt, possessio tamen non pertinet, nisi eam naturaliter apprehenderit, *l. cum heredes. 23. de acq. poss.* Nam adrogatus, qui ante adrogationem suo nomine possidebat, adrogatione facta patris nomine possidere incipit, eumque statim possessorem ministerio suo facit, *arg. l. quod meo. 18. d. tit.* Non idem dici potest possessore mortuo, ac proinde nec de hærede: quod etiam Glossa intellexit, & Bart. *in d. l. 16.* ubi etiam hoc à simili colligit, si aliquis monasterium intraverit, ipso ingressu sine nova apprehensione monasterium acquirere rerum omnium possessionem: de quo amplius DD. *in auth. si qua mulier. C. de Sacrosanct. Eccles.* Atque olim quidem hæc omnia adrogatori acquirebantur pleno jure: Justinianus verò eamdem moderationem hìc servari voluit, quam adhibuit in acquisitione per liberos naturales, *§. 2. inf.* VINN. Et ex eo, quod & possessio adrogatori sine nova apprehensione adquiritur, interpretanda videtur, *l. 15. pr. ff. de adopt. & emancip.* ubi *omnia, quæ filii fuerunt, & adquiri possunt*, TACITE JURE *ad eum, qui adoptavit, transfire dicuntur.* HEIN.

Quales sunt operarum obligationes) Operarum sc. officialium: quod additum oportebat: nam fabrilium obligatio capitis minutione non perimitur. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum

dum est, operarum duas esse species, officiales, & artificiales. Officiales sunt, quas libertus patrono officii causa præstat: artificiales, quæ in artificio aliquo consistunt, puta fabricandi, pingendi, mendicandi. Illæ non ab alio, quàm à liberto, nec alii, quàm patrono, deberi possunt: artificiales à quocumque cuicumque recta solvuntur, *l. 9. §. 1. de oper. libert.* Hic est, quod artificiales etiam in hæredes transeunt, officiales non item *l. 6. l. 7. §. pen. eod.* quodque officialium obligatio adrogatione extinguitur. Hoc enim fieri necesse est, quandoquidem in persona adrogati durare non potest, nisi acquiratur adrogatori. At adrogator patronus non est, cui soli hæc operæ deberi possunt, ut dictum est. Planè jus obsequii non videtur capitis deminutione perimi *arg. l. 10. §. 3. de in jus voc.*

Jus agnationis) Quæ jura agnationi tributa sunt, capitis deminutione pereunt, & ideo ad adrogatorem transire non possunt, veluti jus percipiendarum legitimarum hæreditatum, *l. 7. de cap. minut. §. 2. sup. de Senatusc. Orfic.* quamquam hoc ad eas tantùm hæreditates pertinet, quæ lege duodecim tabularum, non etiam ad eas, quæ novis legibus aut Senatusconsultis deferuntur, *d. l. 7. & d. §. 2.* de quo dictum alibi. Sed nec jus legitimæ hæreditatis, quod patronus ut patronus habet, adrogatione ejus perimitur, *l. si libertus. 23. l. patroni. 39. de bon. libert.*

Usus & ususfructus) Olim usus & ususfructus etiam minima capitis minutione extinguebantur, *l. 1. quib. mod. us. am.* Paul. *3. sent. 6.* eadem fere ratione, qua operarum officialium obligatio: sed hoc sustulit Justinianus *l. pen. C. de usufr.* vid. *sup. §. pen. de usufr.*

Textus.

Jus novum.

2. *Nunc autem nos eamdem acquisitionem, quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo ususfructus tam naturalibus parentibus quam adoptivis per filios familias acquiritur, in iis rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt dominio eis integro servato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertransit: nisi supersint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra patrem in iis, quæ acquiri non possunt antecedant.*

Commentarius.

Ad similitudinem naturalium parentum) Et rectè. Nam cùm naturalibus parentibus eorum, quæ extrinsecus obveniunt, usumfructum tantùm acquiri voluerit, proprietate filiis concessa, *l. 6. C. de bon. quæ lib. §. 1. sup. per quas pers.* ratio non patitur, ut plus juris tribuatur patri adoptivo.

Etiam dominium rerum) Etsi jam primorum Principum constitutionibus jus acquirendi per filiosfamil. nonnihil imminutum fuit, tamen in adventitiis æquè ac profectitiis bonis diu jus vetus patri servatum, atque hactenus quoque in peculio castrensi & quasi castrensi, ut tametsi vivente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis hæredem sibi testamento instituere, tamen eo intestato mortuo, pater tam res castrenses, quàm reliquas, jure peculii occuparet, adeo ut nullorum adhuc bonorum hæredem filius ab intestato haberet, *l. 2. de castr. pec.* Tamdem secuta est major mutatio, & primo quorumdam adventitiorum dumtaxat, postremo eorumdem omnium usumfructum tantùm patri acquiri placuit tributa filio earum rerum proprietate: datique ei sunt & in castrensibus & in peculii adventitii proprietate hæredes ab intestato, primum liberi ejus, dein fratres, tertio loco parentes; *l. 3. l. 4. d. l. 6. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de success.* Igitur quod hic ait Justinianus, mortuo filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium bonorum adventitiorum adrogari acquiri, non sic accipi oportet, acquiri ei jure peculii, alioqui nemo ei anteponeretur; sed acquiri jure hæreditatis ei delatæ post liberos & fratres defuncti. Hæ enim sunt illæ personæ, quæ hic patrem dicuntur antecedere ex constitutione Justiniani, quæ est *l. ult. C. comm. de succ.* Fusius hæc explicata sunt *lib. 2. quib. non est perm. fac. test. Nov. 118.* ordo successionis mutatus.

Textus.

Effectus hujus acquisitionis.

3. *Sed ex diverso pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenitur: & si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes nostros magistratus bona, quæ ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.*

Commentarius.

1 *Actiones, quæ in adrogatum competebant, directo in adrogatorem non dari: neque actionem de peculio ex ante gesto.*

1 *An adversus adrogatum directæ actiones salvæ maneant?*

IN hoc quoque dispar ratio est adrogatoris & hæredis, quod in hæredem etiam illæ actiones, quæ adversus defunctum competebant, directo dentur, in adrogatorem non 1 dentur, quæ competebant in adrogatum. Neque enim ut hæres personam defuncti, ita & adrogator suscipit personam adrogati. Quod obligationes & actiones adrogatori acquirantur, id ei tribuit jus patriæ potestatis, cujus juris hæc vis est, ut omnia patri per filium quærantur, non etiam ut filius contrahendo patrem obligare possit, præterquam de peculio: sed hoc specialem rationem habet, videlicet quia pater, concedendo peculium, hoc ipso etiam jus contrahendi hactenus ei permittere videtur, per *l. 1. §. 5. de acq. poss.* Atque hoc ipsum argumentum est, adrogatorem de peculio conveniri non posse ex ea obligatione, quam adrogatus, antequam adrogaretur, contraxit: quomodo accipienda *l. in adrogatorem 42. de pecul.* ut scil. sententia Sabini & Cassii, qui ex ante gesto actionem de peculio non dabant, Ulpiano probetur. Hoc ipsum ex eo quoque confirmatur, quod ipsius patris, qui actione de peculio conveniri potest, si filium non defendat bona possidere jubentur, *c. 7. §. si quis 15. quib. ex caus. in poss. eat.* Ad hæc tempora contractus adrogatus erat adhuc sui juris, ut nec peculium habere potuerit.

Ipso jure adrogato non tenetur) Hæc verba *ipso jure* Cujac. & Pacius sic interpretantur, ipso jure prætorio; ego mera & stricta ratione juris, τῇ ἀκριβείᾳ, ut in §. *actiones 10. inf. de act.* Hoc enim significat, neminem personali actione teneri, nisi qui contraxit, aut hæredem ejus: adrogatorem autem non contraxisse, neque personam suscepisse, adrogati hæredis instar.

Sed nomine filii) Ex æquo & bono: neque enim in fraudem & præjudicium creditorum adrogationes fieri permittendum erat. Et est æquissimum, ut parens adrogator, qui bona omnia tenet, filium defendat, aut si nolit defendere, patiatur creditorem mitti in bona, quæ filii ante adrogationem pleno jure fuerunt. Illud quæsitum est, an actiones ipso ju- 2 re adrogatione pereant, atque ex edicto de capite minutis restituantur, an salvæ maneant, directæque adhuc in adrogatum, in adrogatorem utiles dentur? Prius Bachovio placet hac ratione, quoniam omnia bona adrogati ipso jure acquiruntur adrogatori, saltem ex ratione juris veteris; vel potius quia capitis deminutione etiam minima, quam adrogato contingere constat, subtilitate juris actiones pereunt, *l. 2. de cap. min.* Prior ratio nullius momenti est: nam cùm in persona filiifam. etiamsi bona non habeat, & patri omnia acquirat, obligatio consistere possit, *l. 39. de obl. & act.* satis liquet, ob hoc solùm obligationem in persona adrogati non tolli, quod bona habere desinit. Ac ne istud quidem video, qua ratione dici possit, actiones perire capitis deminutione adrogati: neque enim sola familiæ mutatio actionem perimere potest; nisi quid aliud interveniat, ut in emancipatione per quam filius deducebatur in imaginariam servilem causam, *l. 3. §. 1. de cap. min.* In adrogatione verò nullæ venditiones aut manumissiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in quæstione proposita actiones non ipso jure sublatas atque ex edicto restitutas fuisse; sed mansisse salvas & utiles, ex ante gesto in adrogatorem datas hoc effectu, ut aut creditoribus responderet, aut hoc eo non faciente pateretur eos mitti in bona, quæ filius habuit, & transtulit similiter ut in specie *l. 7. §. pen. d. tit.* neque aliud hic locus significat.

Cum usufructu fuissent) Hoc ideo ait, quia nunc solus usufructus parenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente, *§. pr.* Ait, legitimo modo disponere: de quo adi *tit. π. quib. ex caus. in poss. eat. & de reb. auct. jud. poss. item de curat. bon. dand.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

Continuatio, & summa.

TEXTUS.

Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si ii, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non additur hæreditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur.

COM-

Commentarius.

Quartus acquirendi per universitatem modus, & postremus inter eos, qui propositi sunt §. *ult. sup. per quas pers.* est libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Hæc acquisitio neque lege antiqua introducta aut confirmata est, ut hæreditas; neque jure prætorio, ut bonorum possessio; neque consensu populi, ut adrogatione; sed ex constitutione D. Marci descendit, cui constitutioni causam dedit favor libertatis, *l. 2. de fideic. lib. l. 6. & l. ult. C. de testam. man.* Etsi autem is, cui bona libertatis causa addicta sunt, neque hæres est, neque bonorum possessor; tamen quia in locum defuncti succedit, bonorum possessori assimulatur, *l. 4. §. propen. de fid. lib.* atque in eum tamquam in hæredem prætorium utiles actiones creditoribus dantur, *l. 3. d. tit.* Verba constitutionis D. Marci primùm Justinianus refert; deinde exponit.

Qui libertatem acceperunt) Uberius sub disjunctione dixisset, *vel quilibet extraneus*; qua disjunctione utitur *l. ult. in pr. C. de testam. man.* & ita loquitur, quasi constitutio D. Marci eodem modo disjunctim locuta sit: quemadmodum etiam Jurisconsultus *l. quod D. Marco. 50. §. 1. de man. testam.*

Ex quo non additur hæreditas) Fieri enim sæpe potest, ut hæres metuens æris alieni hæreditarii magnitudinem, hæreditatem adire recuset, atque ita deserto testamento nihil ex eo, ac ne libertas quidem debeatur, *l. 2. C. de test. man. l. 1. C. de fideic. libert.*

Textus.

Rescriptum D. Marci.

1. *Et ita divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent.* Si Verginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse cœperunt, ut venire debeant, is, cujus de ea notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum quæ directo, quàm earum quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idoneè creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hæreditas adita esset: ii autem, quos hæres manumittere rogatus est, à te libertatem consequentur; ita ut si non alia conditione velis tibi bona addici, quàm ut ii etiam, qui directo libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, & fiscus bona agnoscere voluerit, & iis, qui bonis nostris attendunt, sciant, quomodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda, ut libertas ei salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hæreditas ex testamento adita esset.

Notæ.

1. *Pompilium Rufum*) Putat Eguin. Baro servum ad quem rescribit D. Marcus, prænomen sortitum esse manumissoris, & ad id tempus Justinianum respexisse.

Nemine successore ab intestato) Alias si destituto testamento, is qui ab intestato venit, hæditatem amplectatur, libertates non debentur, *l. 1. C. de fideic. lib.*

Tui liberti fiant) A te libertatem accipiant, tamquam fideicommissarium. Wes.

Si fiscus bona agnoscere) Fisco quoque causa libertatis prælata, ut nec illæ aliter ad bona vacantia admittatur, quàm si & ipse libertates præstet, *d. l. 4. §. 17. de fideicom. lib.*

Commentarius.

Pompilium Rufum) Hæc nomina non conveniunt servo, non magis, quàm *Cajus Sejus l. 23. de manum.* & ideo assentiri non possum Theophilo asserenti, hunc Pompilium Rufum fuisse unum ex servis Virginii Valentis testamento manumissis. Utut est, etiam extrario libero homini ipsa constitutione D. Marci permitti bonorum addictionem, ostendunt *d. l. 40. §. 1 de man. test. ult. C. eod.* quamvis potius ad extrarios productam colligas ex *l. 6. C. eod.* Vinn. Et exinde quoque colligas, rectè existimare Theophilum, Pompilium istum Rufum servum potius, aut statu liberum quàm ingenuum vel libertum fuisse. Statu sanè liberos ob spem libertatis non raro se pro liberis gessisse & nomina patronorum gentilia ante manumissionem adsumsisse, colligere mihi videor ex *l. 11. C. de fideic. lib.* Hein.

Testamento libertatem adscripsit) Hoc rescriptum locum non habet, nisi libertates datæ sint. Ait *adscripsit.* Quid si libertates dedit, hærede testamento non scripto, sed nuncupato? placet, etiam hìc constitutioni esse locum, *d. l. ult. C. de testam. man.*

Nemine successore ab intestato) Explicatus dixis-

xisset, nec ex testamento, nec ab intestato: siquidem huic rescripto locus non datur, nisi cùm nec ex testamento, nec ab intestato quisquam hæres est, *d. l. ult.* Nemo tamen ex hoc loco colligit, testamentariis hæredibus repudiantibus, si ab intestato hæres existat, libertates præstandas esse: certum enim est, destituto testamento, si is qui ab intestato venit, hæreditatem amplectitur, nec libertates deberi, *l. 1. C. de fid. lib. l. 14. C. de fideic.* Ut enim magnus sit libertatis favor, tamen tantum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæsitum, legitimis nimirum hæredibus, auferatur. VINN. aliud obtinebat, si e. g. fideicommissaria libertas ita data, si uxori testatoris placuisset. Tunc enim ea non adeunte hæreditatem, & filio succedente, servus libertatem petere poterat, dum uxor testatoris non refragaretur, *l. 8. C. de fideic. libert.* HEIN.

Venire debeant) Si cui mortuo nemo hæres extet, qui creditoribus satisfaciat, bona ejus in ea causa sunt, ut possideri à creditoribus, aut recta constituta actione vendi possint, *l. 8. quib ex ca. in poss. l. 6. C. de bon. auct. jud. poss.* Ex quo intelligimus, hac constitutione etiam famæ defuncti consultum.

Addicantur) Addici igitur bona dicuntur, cùm ab eo, qui jurisdictioni præest, causa cognita petenti attribuuntur; qui proinde tamquam decretalis bonorum possessor constituitur.

Si idoneè caveris) Addici ita demum bona voluit, si idoneè creditoribus cautum fuerit de solido, quod cuique debetur, solvendo, *l. 2. l. 4. addici. 8. de fideic. lib.* merito. Ita enim favendum libertatibus est, ut ne alteri inferatur injuria Quid est autem idoneè cavere? Satisdato utique, vel pignoribus datis. Sed tamen & si fides habita fuerit promittenti sine satisdatione, placet, idoneè cautum videri, *d. l. 4. §. addici. 8.* De solido autem, id est, de sorte & usuris, *d. l. 4. §. de solido 11.* Justinianus etiam pactionem de parte solvenda creditoribus admittendam censuit, *d. l. ult. §. 1. C. de testam. man.*

Quibus directa libertas data) Qui directam libertatem acceperunt, statim post addictionem bonorum liberi fiunt; qui fideicommissariam, manumittendi sunt ab eo, cui bona addita sunt. Itaque illi Orcini, hi liberi manumissoris efficiuntur. Planè qui bona sibi addici desiderat, ut mox sequitur, si non alia conditione velit sibi addici, quam ut etiam hi, qui directam libertatem acceperunt, ipsius liberti fiant, fient, si modo consentiant contenti fideicommissaria libertate. Neque tamen dissensu quorumdam impeditur bonorum addictio, sed quem patronum habere recusant, dominium habere coguntur, *d. l. ult. C. de test man.*

Ac si hæreditas adita) Aut bonorum possessio admissa decretave. Non igitur ex pactione, sed ex addictione, quæ vicem aditionis hæreditatis, aut agnationis adjudicationisve bonorum possessionis obtinet. Illud notandum, loqui rescriptum de casu testamenti facti: nam ab intestato nemini libertas directo competere potest.

Si fiscus bona competere) Bona eorum, qui hæredem non habent, vacantia dicuntur, ea à fisco jure regalium occupari, notissimi juris est. Verùm in hoc argumento libertatis causa commodo fisci benignè prælata est, ut etiam si non sit, qui bona sibi addici petat conservandarum libertatum gratia, tamen fiscus non aliter admittatur, quàm si & ipse libertates præstet, *d. l. 4. §. eadem. 17. de fid. libert.* Enim verò si bona damnati vel debitoris sui fiscus occupet, cessat hæc constitutio. Sic cum Accurs. accipio illud, *si alia ratione agnoscat*, in *d. §. eadem. 17.*

TEXTUS.

Utilitas rescripti.

2. *Hoc rescripto subventum est & libertatibus & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur, & veneant. Certè si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio: existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.*

COMMENTARIUS.

INdicatur hoc §. primum finis atque utilitas hujus rescripti: deinde ostenditur, non esse conjunctum cum injuria creditorum. Finis rescripti duplex est, ut libertates datæ conserventur, qui principalis est; tum ut famæ defuncti consulatur, cui ignominiosum, bona sua à creditoribus possideri & distrahi: qua de re M. Tullius *pro Quinto cap. 15.* & Justinian. *§. 1. sup. quib. ex ca. man. & §. 1. de hær. qual.* Creditores injuria non afficiunt: nam per bonorum ex hac causa addictionem fit quidem, ut ipsi in bona defuncti ire & sibi consulere non possint; cæterum existit idoneus defuncti defensor, qui de solido, quod cuique debetur, solvendo caverat, ut justam querimoniæ causam nullam habeant. Ita enim in universum jus est, ut quoties alicujus defensor idoneus existit, creditores in bona ejus non mit-

mittantur, *l. 2. & pass. quib. ex ca. in poss. l. 3. sed & hæ. 35. §. 3. l. pen. de procur.* Legatariis ex hac causa nec cavendum est: quippe qui destituto testamento nihil consequerentur.

TEXTUS.

3. *In primis hoc rescriptum toties locum habet quoties testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas? Favor constitutionis debebit locum habere. Certè si testatus decesserit, & codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est.*

4. *Tunc enim constitutioni locum esse, verba ostendunt, cùm nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrum existat, an non, cessabit constitutio. Si verò certum esse cœperit, neminem existere; tunc erit constitutioni locus.*

5. *Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hæreditate, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio, & bonorum addictio fieri. Quid ergo, si post addictionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates: quia semel competierunt.*

NOTÆ.

4. *Quamdiu incertum*) Ex Ulp. *l. 4. pr. de fideic. libert.*

5. *Quin in integrum restitui potest*) Hic locus descriptus est ex *d. l. 3. §. 1. & 2.*

COMMENTARIUS.

Constitutio D. Marci nominatim loquitur de libertatibus testamento datis. Cæterum & si quis intestato decedens codicillis libertates dederit neque adita sit ab intestato hæreditas; placuit, ad hunc quoque casum favorem constitutionis extendi, juxta id quod dicitur, favores esse ampliandos, *l. 2. de fideic. lib. l. ult. C. de test. man.* Quartus & quintus §§. desumpti ex *l. 4. pr. §. 1. & 2. d. tit.*

TEXTUS.

Si libertates datæ non sunt.

6. *Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates vel mortis causa, & ne de hoc quæratur, utrum in fraudem creditorum, an non, factum sit, idcirco velint sibi bona addici, an audiendi sunt? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.*

COMMENTARIUS.

Favor rescripti à Justiniano etiam ad eum casum trahitur, quo mortis causa libertates datæ sunt, vel etiam simpliciter inter vivos, ut statim valeant, si creditores postea obsistant, quod in fraudem suam datas dicant. Quamvis enim verba constitutionis hìc deficiant, ex æquitate tamen & sententia ejus hoc etiam admitti debere, & audiri, eum, qui libertatem accepit, si bona sibi addici velit, parato creditoribus idoneè cavere. Et igitur in proposito quæ libertates ipso jure non valerent, conservantur beneficio addictionis bonorum.

TEXTUS.

De speciebus additis à Justiniano.

7. *Sed cùm multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse prospeximus, lata est à nobis plenissima constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.*

COMMENTARIUS.

Constitutione Justiniani, quæ est *l. ult. C. de test. man.* jus addictionis bonorum à D. Marco introductum multis modis amplificatum est. Amplificationem Hotomannus quatuor his versibus complectitur. 1. *Jus postulandi annum esto.* 2. *Si plures simul satisdato postulent, iis bona simul addicuntur.* 3. *Ejus, qui plus se præstiturum satisdabit, potissimum jus esto.* 4. *Qui plus quàm alter cui addicta bona sunt, intra annum offeret, altero libertatem suam retinente, bona obtineto.* Hujus & superioris tituli hodie nullus usus est. VINN. Immo jam Justiniani temporibus sensim ab usu recessisse videtur Marci constitutio ob pinguius remedium *Nov. 1. cap. 1.* concessum, ut hærede repudiante, ipsi legatarii, quin & servi, quibus libertas testamento data est, adire possint. HEIN.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO.

C. Lib. 7. Tit. 24.

Textus.

Erant ante prædictam successionem olim & aliæ per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta: & tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant: sed cùm extraordinariis judiciis posteritas usu est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere;&, prout utile eis visum est, ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio: cùm libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam. Quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & à nostra civitate deleri, & non inseri nostris Digestis concessimus.

Notæ.

Per multas ambages) Bona debitoris, postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, edicto possideri jubebantur: dein magister postulabatur & creabatur, per quem distrahebantur, & emptori addicebantur; qui omnibus in solidum satisfaciebat, aut antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Cic. *pro Quint. cap.* 15. & 6. *ad Attic.* 1. Atque hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur, Fusius hæc Theoph. Vinn. Plura & accuratiora reperies apud Car. Sigon. *de antiqu. jur. civ. Rom. lib.* 1. *cap. XI.* & *de Judic. Rom. lib.* 1. *cap.* 18. Adde sis *Antiq. nostr. Rom. lib.* 2. *tit.* 17. §. 11. *p.* 465. *edit. nov.* Hein.

Quando judicia ordinaria) Planius dixisset, quando veterum judiciorum ordo servabatur, quem posteritas neglexit: quamquam quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video; ac nec aliud quidem, quid circa eam postea innovatum, nisi quod bonorum emptor desierit esse successor universi juris, & bona ita vendi cœpta, ut ex pretio eorum creditoribus satisfieret, *l.* 6. & 9. *C. de bon. auct. jud. poss.* Vinn. Sensus Justiniani esse videtur quod ambagibus istis locus fuerit, quamdiu judicia essent ordinaria, & distinctum prætoris & judicis officium. Ex quo autem Magistratus judices pedaneos dare desierint, & omnia judicia facta sint extraordinaria, nec ritibus & formulis antiquis tam stricte inhæsisse homines. Hein.

Libertatem amittebat) Post trinam denunciationem domini, Theoph. denunciationis meminit & Ulp. *tit.* 11. §. 10. Paul. *l.* 27. *de-pos.* Tacitus autem denunciationis non meminit, sed simpliciter ignorantis domini. Et forte disputatione JCtorum hæc necessitas addita SCto. Hodie libertatem non amittit, sed verberibus castigatur servus, & dissolvitur ejusmodi conjunctio, *l. un. C. de SC. Claud. toll.*

Commentarius.

Referuntur hoc tit. duæ species acquisitionis per universitatem, quarum alter jam ante Justinianum in usu esse desiit, alteram ipse sustulit.

Qualis fuerat bonorum emptio) Si quis in jus vocatus potestatem sui non faciebat, neque defendebatur, ejus bona ex edicto possideri jubebantur: post deinde iis vendendis magistri constituebantur, & postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta perpendissent, emptori uni ex creditoribus, aut cui extraneo addicebantur, qui bonorum emptor dicebatur, & omnibus in solidum satisfaciebat. Quod si diffidebat, ne paria facere posset, tum, antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Huc pertinet locus Cic. 6. *ad Attic.* 1. ubi scribit, sine edicto non posse transigi de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis: hæc enim ex edicto & postulari & fieri solere: item illud ex oratione pro *Quinto cap.* 15. *Cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis fama & existimatio cum bonis simul possidetur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur: huic ne perire quidem certè, tacitè obscurèque conceditur, cui magistri fiunt, & domini constituuntur, qui, qua lege & qua conditione pereat, pronuntient, &c.* Idem observatum fuisse, cùm bona defuncti solvendo non essent, nec hæredem reperirent, ostendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona Pandectarum jure incognita est, *l. cum bona.* 16. *l.*

Fu-

Fufidius. 29. *de reb. auct. jud. poss. l. Imperator.* 16. *de pact. l.* 9. *de cur. fur. l.* 4. *C. de bon. auct. jud. poss.* Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proscriptique sectoribus in actione venderentur, qui ut tradit Ascon. *ad lib.* 1. *in Verr.* spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, & semel pecuniam ærario inferebant: ac postea pro compendio suo singulas quasque res populo venditabant. Quo refert Hotomannus, quod Varro *lib.* 2. *de re rust. cap.* 10. modos acquirendi legitimi dominii enumerans scribit: *Tumve cum id bonis sectioneve cujus publicè venit.* Hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur; videturque successisse ignominiosa ista bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes lege 12. tabb. introductæ: quam crudelitatem consensu publico postea erasam esse, & in pudoris notam pœnam capitis conversam bonorum adhibita proscriptione, testatur Tertull. *Apol. cap.* 3. *Suffundere*, inquit, *maluit hominis sanguinem, quam effundere.* Add. Gell. *lib.* 10. *cap.* 1. Salmas. *de mod. usur. cap.* 18. VINN. Sed adde tu sis Illust. Bynkersk. *Observ. lib.* 1. *cap.* 1. Ubi ab omni crudelitatis suspicione decemviros eruditè absolvit. HEIN.

Per multas ambages) Ter creditores adire prætorem oportebat; primùm ut liceret bona possidere: deinde ut liceret magistrum bonis constituere, qui in actione divenderet: postremo ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, pacisci. Cæterum hæc fusius Theophilus.

Cum extraordinariis judiciis) Quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video: uti nec illud, quid hìc posterioribus temporibus innovatum. Sanè nihil in eo, quod creditores in possessionem bonorum mittuntur, & postquam ea per certum tempus possederunt, jus vendendi à prætore impetrare possint. Hæc ordinaria ratio procedendi etiam temporibus Ciceronis fuit, eademque in Pandectis, quo hic remittitur, sub *tit. de reb. auct. jud. poss.* & in codice quoque relata est, *l.* 6. & 9. *C. eod. tit.* Videntur mihi Compositores malè ista inter se opposuisse, tamquam pugnantia, *permitti bona possideri*, & post certum tempus *uni ea universa vendi.* Planè quod Theoph. refert, bonorum emptorem hæredis, seu bonorum possessoris loco habitum fuisse, id postea obtinuisse non puto; sed ita bona vendita, ut ex pretio creditoribus satisfieret, desiisseque hanc acquisitionem esse universalem. Jure novissimo modus missioni creditur constitutus, ut jam missio non fiat in universa bona, sicut olim, *tit. de reb. auct. jud. poss.* sed quantùm pro quantitate debiti, *Nov.* 53. *cap.* 4. §. 1. unde *auth.* & *qui jurat. C. de bon. auct. poss.*

Libera mulier servili amore bacchata) Senatusconsulto libera mulier, quæ se alieno servo junxerat, domino servi cum bonis omnibus addicebatur. Meminit hujus Senatusconsulti Tacitus *lib.* 12. *annal. cap.* 53. ubi de rebus gestis sub Claudio tractans sic scribit: *Inter quæ refertur ad patres de pœna fœminarum, quæ servis conjungerentur: statuiturque, ut ignaro domino ad id prolapsa, in servitute; si consensisset, pro liberta haberetur.* Ita locum ex Codice Farnesiano restituit. Lipsius. Suetonius hoc ipsum decretum adscribit Vespasiano, ut nisi erret Suetonius, id repetitum fuisse necesse sit. Denunciationis Tacitus non meminit, sed simpliciter ignorantis domini: unde licet existimare, necessitatem denuntiandi, ne cum servo consuetudidem haberet, (vid. Ulp. *tit.* 11. §. *maxima.* 10. *l.* 27. *depos. l. un. C. de Sen. Claud. toll. l. edicimus. C. Theod. de muri leg.* Teoph. *hic.* Pet. Fab. *lib.* 1. *semest.* 25.) disputatione Jurisconsultorum Senatusconsulto additam. Justinianus autem hoc Senatusconsultum sustulit, permisitque domino potestatem, si quid tale servus commiserit, eum castigandi, atque avellendi à muliere, simul denuncians, non impunè laturum dominum si hac potestate non utatur, *d. l. ult. in fin. C. de Sent. Claud. toll.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.
DE OBLIGATIONIBUS.
Dig. Lib. 44. *Tit.* 7. *C. Lib.* 4. *Tit.* 10.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Duo insignes errores notati.*
3 *Neque definitiones neque divisiones hic propositas continere omnem speciem obligationis.*
4 *Obligationum summa divisio.*
5 *Quid sit & quam vim habeat obligatio naturalis?*

6 Ex-

6 *Explicatur l. 10. de obl. & act.*
7 *Quae res faciant, ut tantum naturalis, non etiam civilis sit obligatio?*
8 *Non omnium naturalium obligationum eumdem esse effectum jure civili, & quae qualem habeant?*
9 *Obligatio merè civilis.*
10 *Obligatio mixta.*

TRia esse disciplinae juris summa capita seu objecta dicimus §. *ult. sup. de jur. nat.* 1 *gent. & civ.* personas, res, actiones. De jure personarum, id est, eo jure, quod cuique competit pro conditione & statu personae, disputatum à titulo tertio usque ad finem libri primi. Rerum tractatio suscepta *tit. 1. lib. 2.* ubi diximus, rei appellatione in hac distinctione objectorum significari non tantùm ea, quae dominii nostri sunt, caeteraque jura in rem, quae vindicari possunt, verùm etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus obligationem: nec male eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium & obligationem, dominii verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hactenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quae tractatio continuatur usque ad tit. sextum libri 4. ubi initium fit disputationis de actionibus.

Duo igitur errores hìc nobis vitandi sunt. 2 Quorum unus eorum est, qui ita obligationes à rebus separant, tamquam ad tertium juris objectum, id est, actiones pertinerent: alter eorum, qui eas referunt ad objectum primum, quod est de jure personarum. In priore errore Theophilus est & vulgo interpp. qui existimant, hìc initium fieri doctrinae de actionibus, praemittique obligationes, ut actionum causas earumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falsum esse, vel ex uno hoc apparet, quod ista consideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quàm dominium, quàm caetera in rem jura, quàm ipsum jus personae: quippe quae & ipsa singula suas actiones habent, & pariunt, §. 1. & 2. §. 13. *inf. de act.* Alter error Vulteji est, qui *lib. 1. disc. schol. cap. 16. & ad hanc rubr.* contendit, obligationes referendas esse ad jus personarum. Quem temere secutus est D. Anton. Matth. *Colleg. Inst. 2. disp. 3.* Utitur Vultejus duplici fere argumento. Primum est, quod obligatio personae inhaeret. Atqui eadem ratione multo magis usum & usumfructum ad jus personam referri oportebat. Sed quid certius est, quàm ea omnia, quae in bonis & patrimonio nostro sunt, ad tractatum rerum pertinere; nec solùm res corporales, verùm etiam incorporales, *sup. tit. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales, cum haereditate, usufructu, servitutibus, numeratur etiam obligatio, ut res in bonis nostris & subjecta acquisitioni, add. *l. 49. de verb. sign.* Apparet verò Vultejum obligationes tantùm consideraſſe in relatione ad personam debitoris, cùm praecipuè hìc considerandae sint ratione creditoris, qui eas contrahendo sibi acquisivit, easque suo modo vendendo, donando, legando in alium transferre potest: quae ostendunt, obligationes à parte creditoris esse in commercio, quod de jure personarum puta libertatis, civitatis, familiae nemo dixerit. Sed etsi obligationes considerentur ex parte debitoris, ut personae ejus inhaerentes, tamen ad jus personarum ne isto quidem respectu referri possunt. Jus enim personae dicitur, quod personam afficit, quatenus persona est, id est, id jus, quo quisque in civitate censetur propter statum & qualitatem personae suae. Quid autem obligatio commune habet cum statu debitoris? Quis ita personas unquam distinxit, ut dixerit, quasdam personas esse obligantes, quasdam obligatas, aut hominum alios esse creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etsi personam obligati afficit, non tamen afficit, quatenus consideratur ut persona, sed quatenus ut debitor. At debitor dicitur intuitu rei, quae debetur. Neque enim hic finis summus est obligationis, ut personam nobis obligatam habeamus, sed ut rem in obligationem deductam consequamur, *l. 3. de obl. & act. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. oblig.* Quamobrem sive essentiam obligationum spectemus, sive objectum earum, sive finem ultimum, non alio referri possunt aut debent, quàm ad eam disciplinae nostrae partem, quae est de jure rerum. Alterum argumentum Vulteji tale est. Si obligatio ad jus rerum pertineret, ut dominium pertinet, tum ex obligatione quoque, uti ex dominio, competeret actio in rem: at actio ex obligatione in personam est: ergo ipsa obligatio ad jus personarum non rerum referenda. Πέτρα ἐκ-σ‑τεις, & error perspicuus παρὰ τὸ ἑπόμενον. Non enim ideo actio ex obligatione in personam esse dicitur, qui per eam aut personam, aut jus aliquod, quod in personam aut personae sit, persequimur: (quippe semper persequimur rem aliquam externam, eam, quae ex obligatione praestanda est,) sed quia haec actio in personam obligati dirigitur, & semper adversus eum locum habet, cùm in rem actio

cum

cum re ambulet, & sequatur possessorem, *l. actionum.* 25. *de oblig. & act.* Quinimmo contra si obligatio jus esset personæ, actio, quæ de eo jure competeret, ad classem actionum in rem referenda esset, non ad eas, quæ in personam competunt: argumento actionum præjudicialium, quæ de statu & vero jure personarum competunt, quas in rem esse expressè scriptum est in §. *præjudiciales.* 13. *inf. de act.* quamquam hoc etiam negavit Vultejus, quia vidit sententiæ suæ repugnare. Sed de his opulentius suis locis §. 1. & d. §. 13. *inf. de act.* Hoc titulo primum docetur, quid sit obligatio; deinde dupliciter ea dividitur à causis efficientibus: postremo prima & præcipua ejus species subdividitur in quatuor species inferiores. Quoniam verò neque definitio, neque divisiones hic propositæ, omnes species obligationum continent, sed ad eas dumtaxat pertinent, quæ actionem eamque efficacem jure civili producunt, & tamen illæ quoque, quæ vel non producunt actionem, vel eam producunt, quæ exceptione repelli potest, suum quemdam usum & effecta jure civili habent, rectè facturi videmur, si priusquam ad ea declaranda accedimus, quæ hic à Justiniano tradita sunt, naturam diversitatemque obligationum à capite repetitam explicemus.

4 Omnis obligatio vinculum quoddam juris est, quo adstringimur ad aliquid præstandum. Cæterum cùm ad hoc aliquando nos adstringat sola æquitas & ratio naturalis, interdum mera subtilitas juris, ut plurimum autem jus naturæ ac civile simul, pro hac juris varietate obligatio in tres species rectè dividitur, in puram *naturalem*, meram *civilem*, & *mixtam.*

5 *Naturalis* obligatio est naturæ & æquitatis vinculum, quo ita adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine sit actio jure civili. Dicitur naturalis non à natura, seu naturali instinctu nobis cum brutis animantibus communi, sed à natura humana, id est, recta ratione quæ sola quod æquum est, dictat. Itaque naturalis obligatio non est duplex, ut quidam opinati sunt; una, quæ sit ex jure gentium & humani generis propria; altera, quæ fit ex jure naturali omnium animantium communi, & in bruta quoque cadat, in quæ nec consensus nec intellectus cadit: sed una & simplex, quæ tota est ex jure gentium, ut ipsa æquitas, cujus vinculo sustinentur, *l. Stichum.* 95. §. 4. *de solut.* Quod etiam Paulus confirmat *l. cum aplius.* 84. §. 1. *de reg. jur.* ubi ait, eum natura debere, quem jure gentium dare oportet. Hæc obligatio conscientias quidem hominum devincit, cùm sit vinculum naturæ & æquitatis, *d. l.* 95. §. 3. *de solut. d. l.* 84. §. 1. *de reg. jur.* quo loco verbo *oportet* quædam necessitas moralis significatur: in foro tamen exteriori & jure civili eam efficaciam non habet, ut actionem aut exactionem producat: id quod ex enumeratione specierum, quæ ad hoc genus obligationis pertinent, liquere potest. Nam quod in *l.* 10. *de obl. & act. l. fidejussor.* 16. §. 4. *de fidejuss.* dicitur, naturales obligationes non eo solo æstimari, si actio aliqua ex his competat, verùm etiam si soluta pecunia repeti non potest; id non totum ad puras naturales pertinet, sed posterius dumtaxat: pars autem præcedens ad mixtas, eas scilicet, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, & quæ ipsæ nonnumquam absolutè naturales dicuntur, *l. debitor.* 59. *vers. videamus. ad sen. Treb. l. si ita stipulatus.* 126. §. 2. *vers. superest. de verb. oblig.* nimirum quia tota essentia sua sunt ex jure gentium, *l.* 5. *de just. & jur.* à jure autem civili præter nudam confirmationem nihil habent: quo tamen respectu cùm etiam civiles sint, nomine civilium frequentius appellantur, propter auctoritatem juris civilis. Ut naturalis tantùm, non etiam civilis simul sit obligatio, facit aut qualitas conventionis, aut personæ paciscentis contrahentisve, aut qualitas personæ & negotii simul. Principio non omnis conventio obligationem civilem parit, sed illa dumtaxat, quæ vel in proprium nomen contractus transit, vel cui præter conventionem alia subest obligandi causa, vel quæ legitima dicitur, aut quæ contractui incontinenter adjecta, *l.* 6. *l.* 7. *in pr.* §. 2. & 4. *de pact.* Ex cæteris, quæ solo placiti fine stant, nascitur dumtaxat obligatio naturalis: quippe nudis pactis vim talem obligandi Romanæ leges tribuere noluerint, ut ex iis etiam ultro agere liceret, *d. l.* 7. §. 4. *de pact. l.* 10. *C. eod. l. si tibi.* 27. *C. de locat.* Plura dicemus infra sub §. *ultim.* Secundo facit qualitas personæ contrahentis, ut ex conventione quantumvis idonea, tantùm naturalis obligatio oriatur, veluti si pupillus, intelligens quod agit, contraxerit sine tutoris auctoritate, *l. si pupillus.* 127. *de verb. oblig. l.* 1. *in fine de novat. l. cum illud.* 15. §. 1. *quand. dies leg.* aut servus, *l.* 14. *de oblig. & action. l.* 13. *de cond. ind.* aut is, cui bonis interdictum est, *l.* 6. *de verb. obl.* Personæ & negotii qualitas simul, veluti si mulier intercesserit, filiusfamil. mutuam pecuniam acceperit, *l.* 16. §. 1. *ad senat. Vell. l.* 9. *in fin. cum l. seq. de senat. Maced.* Præter hæc etiam citra ullam conventionem sola officii & pudoris ratio naturalem obli-

obligationem inducit: qualis est causa beneficii accepti. Unde obligatio ad ἀντίδωρα *l. sed & si* 25. §. *consuluit.* 1. *de hæred. pet. per l. si pignore.* 54. §. 1. *de furt.* & quæ hujus species est, manumissio, unde operarum officialium debito naturalis, *l. si non sortem.* 26. §. *libertus.* 12. *de cond. ind.* Ad hanc classem refero etiam eam, quæ oritur ex voluntate testatoris testamento minus solemni declarata: item eam, qua hæres legatis oneratus tenetur ea integra præstare citra detractionem Falcidiæ, *l.* 2. *C. de fideic. l.* 5. §. *si quis.* 15. *de don. int. vir. & uxor. l.* 1. *l. ult. C. ad legem Falcid.* Naturalium harum obligationum quædam in totum juris civilis auxilio destituuntur, quædam non omnino hujus auxilii sunt expertes. Prioris generis est obligatio beneficii accepti, in qua nulla necessitas præter illud honestatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem obstringitur is, qui beneficium accepit, si vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Puto etiam, ipsum jus gentium pudori cujusque totum hoc reliquisse. Quippe *alia est*, ut ait Cicero *pro Planc. cap.* 28. *debitio gratiæ, alia pecuniæ*: neque convenit, beneficia fœnerari aut in calendario scribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ 3. *de benef. cap.* 7. *Cùm res honesta sit referre gratiam, desinit honesta esse, si necessaria est*, id est, honestatis gradum excellentem amittit: quod sequentia indicant. *Non enim magis laudabit quisquam gratum hominem, quàm eum, qui depositum reddidit, aut quod debebat citra judicium solvit.* Et mox; *Non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum est ingratum fuisse.* Operarum tamen, quæ ex causa manumissionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut solutæ per errorem repeti non possint, *d. l.* 26. §. *libertus.* 2. *de cond. ind.* Ejusdem fere conditionis est & obligatio testamenti minus solemnis & ad integra legata præstanda; nam etiam quod ex his causis per errorem facti solutum est, jure civili repeti potest, *l.* 7. *C. de cond. l.* 9. *C. ad leg. Falc.* Similiter si is, cui bonis interdictum est, quid promiserit, adeo jure civili non tenet obligatio, ut ne fidejussores quidem admittat, quasi negotium nullum gestum sit, *l.* 6. *de verb. obl.* Tantumdem dici potest de transactione alimentorum Senatusconsulto prohibita, *l. eleganter.* 23. §. 2. *de cond. ind.* item de intercessione mulierum, nisi quod obligatio hinc nata actionem parit, sed quam inefficacem reddit perpetua Senatusconsulti exceptio, *l. qui exceptionem.* 40. *d. t. l.* 9. *C. eod.* Filius autem familias, qui mutuam pecuniam accepit, si paterf. factus solverit, non repetit, *d. l.* 40. *l.* 9. *in fin. de sen. Mac.* Cæteræ obligationes naturales, quæ ex conventione descendunt, eosdem pene effectus, si unam dempseris actionem, jure nostro habent, quos habet naturalis & civilis simul. Ac de hujusmodi obligationibus potissimum agunt Jurisconsulti, cùm ajunt aut negant, naturaliter quem obligari, ut videre est *l.* 13. *l. si pœnæ.* 19. *l. frater.* 38. *l. quod pupillus.* 41. *l. si quod.* 64. *de cond. ind. l.* 10. *de obl. & act. l.* 1. *de novat. l. propen. de obl. & act. l.* 5. §. 2. *de solut.* & similibus locis. Effectus isti principales hi sunt, debiti hujus naturalis cum alio quovis compensatio, *l.* 6. *de compens.* ejusdem soluti per errorem retentio, *d. l.* 10. *de obl. & act. d. l.* 19. *de cond. ind. l.* 1. §. *id quod.* 17. *ad leg. Falc. l.* 3. *C. de usur.* Præterea quod ita naturaliter debetur, constitui potest, *l.* 1. §. *pen. de pec. const.* item novari, *l.* 1. *in fin. de novat.* Potest & fidejussor huic obligationi accedere, §. 1. *inf. de fidejuss.* denique & pignus. *l.* 5. *de pign.* Minus tamen efficacitatis est in obligatione pupilli sine tutoris auctoritate contracta: quippe quæ accessiones dumtaxat recipit; principalia autem illa ut pupillo nocentia respuit: quo adspectu, quod pupillis ita promisit, ne natura quidem deberi dicitur; *d. l.* 41. *de cond. ind. d. l. propen. de obl. & act.* Obligatio merè civilis est vinculum solius juris civilis, seu τῷ ἀκριβοδικαίῳ, quo quis ita tenetur, ut summo jure in eum sit actio, sed quæ jure prætorio infirmetur, opposita perpetua exceptione. Hujus generis sunt omnes illæ, quæ sola juris subtilitate nituntur contra naturalem æquitatem; veluti si quis metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus aliquid promiserit; aut si post constitutam obligationem debitor cum creditore pactus sit, ne à se peteretur, §. 1. *& seqq. inf. de excep.* Hoc genus obligationis propemodum sine re est, & exitu inutile, *l.* 3. §. 1. *de const. pec. l. nihil interest.* 112. *de reg. jur. l.* 14. *de compens.* Mixta obligatio seu naturalis & civilis simul, est vinculum æquitatis pariter & juris civilis, quo quis ita adstringitur, ut actio efficax in eum detur. Mixtam hanc obligationem vocamus, propterea quod eam & naturalis sustinet æquitas, & simul juris civilis firmat auctoritas. Unde etiam sola plenam præstandi necessitatem habet, actionemque & exactionem producit. Ex quo porro etiam hoc est, quod sola propriè & absolutè obligatio in usu juris vocatur, quemadmodum & debitor is propriè intelligitur, à quo invito pecunia exigi potest, *l. debitor.* 108. *de verb.*

verb. sign. & ex adverso creditor, qui exceptione perpetua removeri non potest, *l. 10. eod. tit.* alii per abusionem, *l. 16. §. 4. de fidejuss.* Denique hinc intelligimus, ad hoc genus obligationis tantùm & definitiones & divisiones hoc titulo propositas pertinere. Est verò, quod apprime notandum est, mixta hæc obligatio aut verè talis, aut præsumptivè; qualis est obligatio judicati, & confessi; item jurisjurandi necessarii. Quippe res judicata pro veritate accipitur, *l. post. 56. de re jur.* confessi in jure pro judicatis habentur, *d. l. 56. l. 1. de confess. l. un. C. eod.* jurisjurandi quoque aut potius sententiæ ex eo latæ eadem fere vis est. Hujus generis etiam obligatio est, quæ dicitur litterarum, *inf. de lit. obl.* Jam ad explicationem textus accedamus.

TEXTUS.

Continuatio, & definitio.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundùm nostra civitatis jura.

NOTÆ.

Obligationes) Theoph. & Accurs. putant, hìc initium fieri doctrinæ de actionibus. Sed perperam. Nam non minus obligatio res est incorporalis, & ad secundum juris objectum pertinet, quàm hæreditas, ususfructus, servitutes, *sup. de reb corp. & incorp. & §. ult. de us. & hab.* VINN. Rectè. Sed non solum tamen Theophilum, verùm & veteres fere omnes obligationes tamquam præcipuum actionum fundamentum considerasse, vel inde patet, quod in Pandectis æquè ac Codice conjunctim & uno eodemque titulo agitur *de obligationibus & actionibus.* Et inde, licet perperam, existimavit Theophilus hìc quoque tractatum de obligatione præmitti materiæ de actionibus, quia obligationes sint fontes actionum, & eatenus ad tertium juris objectum commodè referri queant. HEIN.

Juris vinculum) Omnis obligatio est juris vinculum: obligatio civilis, vinculum juris civilis; naturalis, vinculum æquitatis, *l. 95. §. 4. de solut.* civilis mera, rigoris, seu ἀκριβοδίκαιον *inf. de exc. in pr.*

Necessitate) Propter actionem, quam obligatio parit. Itaque nec obligatio naturalis huc pertinet, ex qua jure civili agi non potest, quamvis moralem necessitatem adjunctam habeat; veluti quæ ex nudo pacto nascitur *l. 7. §. 4. de pact.* junct. *l. 84. §. 1. de reg. jur.* nec civilis nuda, quæ propemodum sine re est, & exitu inutilis, *l. 3. §. 1. de const. pec. l. 112. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

Est juris vinculum) Rectè *vinculum*: quoniam qui nobis obligatus est necessitate quadam præstationis tenetur, ut effugere non possit, nisi vinculo hoc soluto. Metaphora sumpta à vinculis corporis. Concepta est definitio, relatione facta ad personam debitoris, ita tamen, ut simul ostendat, quodnam hìc sit jus creditoris. Sequentia formam obligationis, subjecto, effectu, & causa efficiente remota, adumbrant.

Necessitate adstringimur) Effectus. Obligatio (sic absolutè, nunc porro mixta vocabitur) semper adjunctam habet necessitatem præstationis: quæ necessitas in eo consistit, ut nisi obligatus præstet id, quod debetur, jure indicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad solutionem compellere.

Alicujus rei) Subjectum. Rei autem verbum generale est, & factum quoque comprehendi, *l. 1. in fin. de reb. cred.* Proinde sive in dando consistat obligatio, sive in faciendo, necessitas obligationis postulat, ut utrumque præstetur, *l. 2. de verb. obl. §. ult. inf. eod. l. 3. de obl. & act.*

Solvendæ) Solvi dicitur res in usu juris, cùm debita præstatur, *l. solutam. 49. de solut. l. si rem. 9. §. 3. & seqq. de pign. act.* eaque solutione tollitur obligatio, *inf. quib. mod. toll. obl. in pr.* tametsi persona obligati tantùm adstringi videtur, non res ipsa, nisi per consequentiam, aut nisi pignori nexa sit. Etenim obligationis non hæc vis est, ut aut corpus aliquod, aut servitutem nostram faciat, aut per eam dominium aliudve jus in rem immediatè consequamur: sed jus tantùm ad rem tribuit, id est personam nobis obstringit ad dandum vel faciendum, *l. 3. de obligat. & act.*

Secundum nostræ civitatis jura) Hæc verba referenda sunt ad totum illud, quod præcedit, *quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ.* Temperatur enim hac adjectione, non, ut male Theophilus, potestas solvendi, sed necessitas: ut intelligamus adstringi nos non quibuslibet modis, non ex quavis causa, sed secundum jus civitatis nostræ: item necessitate non quavis, sed in qua insit ea cogendi ratio, quæ jure civitatis nostra sit approbata. Quod si cum Theophilo verba hæc ad id solum, quod proximè præcedit *rei solvendæ*, referrimus, falsam efficimus sententiam, nimirum, eum, qui non rectè solvit, non esse obligatum. In eodem errore fuit & Accursius.

TEXTUS.

Divisio prior.

1. *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor ex sua jurisdictione constituit; quæ etiam honorariæ vocantur.*

NOTÆ.

1. *Omnium obligationum*) Scil. ad actionem producendam efficacium: de quibus solis etiam concepta definitio.

Aut jure civili comprobatæ) Prioris generis est obligatio litterarum & verborum pacti legitimi, furti nec manifesti, damni injuria dati, &c. hujus sunt omnes, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Prætor ex sua jurisdict.) Ex quibus scilicet actionem in personam dedit, §. 8. *& seqq. inf. de act.*

COMMENTARIUS.

Ut civiles aut prætoriæ) Distributio obligationis à causis efficientibus remotis. Nulla enim est obligatio, (vera scilicet & efficax, de qua sola hic disputatur,) quæ non aut jure civili aut prætorio constituta vel recepta sit. Illud hìc monendi sumus, cùm civiles obligationes opponuntur naturalibus, appellatione civilium prætorias quoque contineri; sicut in universum, cùm jus civile opponitur naturali, ejus appellatione etiam prætorium venit. Nam jus prætorium pars est juris civilis generaliter sumpti, §. 3. *sup. de jur. nat. gent. & civil.* At cùm obligationes civiles prætoriis opponuntur, per civiles intelligi eas dumtaxat, quæ legibus aliave parte juris civilis, quæ parem legibus auctoritatem habet, constitutæ aut confirmatæ sunt: quemadmodum cùm in genere jus civile opponitur prætorio, id jus significatur, quod ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum descendit, *l. 7. de just. & jur.* Similis huic est divisio actionum §. 3. *inf. de act.*

Constitutæ aut comprobatæ) Sit igitur civilium obligationum hæc quædam subdivisio, quod earum quædam jure civili constitutæ sunt, quædam simpliciter approbatæ seu receptæ. Prioris generis sunt paucæ, ex contractu obligatio litterarum & verborum, *inf. tit. 22. & tit. 16.* ex delicto, qua tenetur fur nec manifestus, *art. §. 4. inf. de noxal. act.* junct. *pr. inf. de perpet. & temp. act.* item is, qui damnum injuria dedit, cujus quadrupes pauperiem fecit, qui arbores furtim cecidit, *inf. tit. de leg. Aquil. & si quadrup. paup. fec. l. 1. arb. furt. cæs.* Referunt huc vulgo & eas, quæ descendunt ex pactis speciali lege confirmatis, quæ dicuntur legitima, *l. 6. de pact.* quale verbi causa est pactum donationis, & pollicitatio dotis, *l. si quis 35. §. ult. C. de donat. l. 6. C. de dot. prom.* Illa quoque obligatio constitutione civilis est, qua tenetur is, cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas. In posteriore genere sunt innumerabiles, omnes nimirum illæ, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Quas prætor ex sua jurisdictione) Naturalem æquitatem secutus. Nam omnis obligatio prætoria naturalis quoque est: à prætore autem introducta dicitur ea, ex qua prætor in personam in foro civili actionem dedit. Cujusmodi est illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut servi: qua constituens pecuniam ei, cui constituitur; qua is qui detulit jusjurandum juranti: item quæ ex furto manifesto, rapina, injuriis nascitur, cæteræque omnes, quibus qui obstrictus est, honoraria actione tenetur, vid. *inf. §. 8. & aliquot seqq. de act. & tit. quod cum eo, qui in al. pot.* item §. 4. *de nox. act. & §. ult. de leg. Aquil.* VINN. Rectè Vinnius obligationem prætoriam omnem naturalem simul esse, ait. Quamvis enim prætor aliquando & civiles obligationes firmet, veluti dum *l. 1. ff. commod.* ex commodato actionem pollicetur: propriè tamen tunc obligatio non est prætoria, quia vinculum juris jam citra prætoris auxilium habet. HEIN.

TEXTUS.

Divisio posterior.

2. *Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æquè quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.*

NOTÆ.

2. *Aut enim ex contractu, &c.*) Hæc divisio sumpta est à causis efficientibus proximis seu factis obligatoriis, sine quibus nulla aut jure civili aut honorario confirmatur, *l. 37. de obli. & act.* Accuratior est, quàm illa aut Caji *l. 1.* aut Modestini *l. 52. hoc tit.*

Ex contractu) Contractus est conventio obliga-

gationem pariens citra speciale legis adminiculum. Hac definitione excluduntur tum conventiones liberatoriæ, tum pacta nuda & legitima; quorum illa obligationem non pariunt, hæc pariunt ob specialem confirmationem, *l.* 6. *l.* 7. §. 4. *de pact.* Labeonis definitio *l.* 19. *de verb. sign.* particularis est: tam enim contractus sunt negotia ex uno latere obligatoria, ut mutuum & stipulatio, quàm utrinque, ut venditio & locatio. Et quid notius illa συναλλαγμάτων distributione in μονόπλευρα καὶ δίπλευρα?

COMMENTARIUS.

1 *Unde sumpta sequens hæc divisio?*
2 *Rectè ne Aristoteles delictum speciem faciat* συναλλάγματος?
3 *Præter quatuor ordinarias obligationum causas, quæ hic recensentur, esse & alias quasdam irregulares & extraordinarias.*
4 *Modestini obligationum divisio minus accurata in* l. 52. de obl. & act.
5 *Quid sit conventio sive pactio aut pactum in genere, & quotuplex?*
6 *Quid pactum nudum, quod passim absolutè pactum? Et cur ex eo jure civili non detur actio?*
7 *Pacta legitima & in continenti contractibus adjecta. Item num.* 10.
8 *An pacta ex continenti adjecta à parte actoris insint etiam in contractibus stricti juris?*
9 *De conventione non nuda, quæ uno minime contractus. Ejus definitio, divisio, cum explicatione* l. 19. de verb. sign.
11 *Hodie etiam ex pacto actionem dari juxta scita juris Canonici.*
12 *Explicatur subdivisio obligationum primæ speciei.*

1 *AUt enim ex contractu, &c.*) Ἐπιδιαίρεσις seu secunda obligationum divisio à causis efficientibus proximis. Nulla enim est obligatio, quæ non ex causa aliqua; & regulariter quæ non ex facto aliquo obligati præcedente nascatur: nec ulla jure civili, aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus consistat, ut loquitur Papinianus, id est, quæ non ex propria causa constituta sit, *l. obligatione.* 27. *hoc tit. de obl. & act.* Causæ seu facta obligatoria quatuor hic ponuntur à Justiniano, totidemque obligationis species his causis inter se distinctæ, contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium.
2 Aristoteles 5. *ethic.* 2. uno verbo συναλλάγματος hæc omnia comprehendit. Duo enim ille genera συναλλαγμάτων facit, ἑκούσια & ἀκούσια, voluntaria & involuntaria: ἑκούσια appellat commercia, conventiones, contractus: ἀκούσια, maleficia & delicta. Verùm enim verò si vox Græca συναλλάγματος respondet verbo Latino commercii aut contractus, valde abusivè delictum dicitur, species συναλλάγματος: ipseque Aristoteles *cap.* 5. ejusdem libri negat, correctionem delictorum ad justitiam συναλλακτικὴν pertinere. Utut est, in jure nostro συνάλλαγμα tantùm ad commercia refertur, *l.* 7. §. 2. *de pact. l. Labeo.* 19. *de verb. sign.* commercium autem uno modo usurpatur pro conventione & contractu; atque hæc à delictis perpetuo separantur. Unico tantùm loco delictum appellatur contractus, non quidem involuntarius, sed malus, *l. si rerum.* 52. *de re jud.* ubi Triphoninus scribit, actionem rerum amotarum *ex malo contractu*, aut, ut est in codice Florentino, *ex malo contractu oriri.* Papinianus quoque verba Demosthenis in oratione contra Aristogitonem, ἐπανόρθωμα τῶν ἑκουσίων, καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων, Latinè reddidit, *delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio. l.* 1. junct. *l.* 2. *de legib.* Illud veró frequens apud nostros est, ut appellatione contractus & maleficii etiam quasi contractus & quasi maleficia significentur, *l.* 16. *de neg. gest. l. contractus.* 23. *de reg. jur. l.* 1. *l.* 4. *l. ex contractibus.* 49. *hoc tit* §. 1. §. 10. §. *rei.* 17. & *seq. inf. de act.* §. 1. *inf. de perp. & temp. action.* Porro sciendum est, quatuor 3 causas obligationis, quæ hìc à Justiniano recensentur, esse quidem illas principales & ordinarias: cæterum esse præterea quasdam obligationes, quæ ex nulla quatuor istarum causarum proficiscuntur, sed ex sola & singulari æquitate. Cujusmodi species obligationis est, quæ à Celso proponitur in *l. si & me & Titium.* 32. *de reb. cred.* item ex qua ad exhibendum agitur, *l.* 3. §. 3. *ad exhib.* quam nullum omnino factum obligatorium præcedere constat. Item illa, qua in duplum obstringitur, qui tignum alienum ædibus suis bona fide junxit, §. *cum in suo.* 29. *supr. de rer. div.* denique omnes illæ, ex quibus actiones in factum subsidiariæ dantur, §. *ult. infr. de leg. Aquil. l. in rem.* 23. §. *item quæcumque* 5. *de rei vind.* Sed nec omnis obligatio, quæ ex conventione est, eadem est ex contractu, veluti quæ datur ex pacto legitimo, vel ex constituto: quod mox perfectius intelligetur. Atque hanc ego causam esse arbitror, quod Cajus *l.* 1. *pr. hoc tit.* causas & fontes obligationum indicaturus, contractus & maleficii tantùm meminit, cautionis gratia subjiciens, eas, quæ extra hæc facta nascuntur, proprio quodam jure nasci ex variis causarum figuris. Sic ergo habendum duo illa, contractum & maleficium, esse cau-

sas

ſas obligationum generales & ordinarias ac principes; eſſe tamen & alias nonnullas, ſed quæ ſint extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine ſignificari, nec certa regula comprehendi poſsint. Videtur autem Cajus in *d. l.* 1. nomine contractus & maleficii etiam quaſi contractum & quaſi maleficium intelligere: quæ tamen cùm ſingula propriè & diſtinctè conſiderare volumus, à contractu & maleficio diverſa eſſe, idem rectè docet, *l.* 5. *eod.* & ex eo Juſtinianus *inf. tit. de obl. quæ quaſi*

4 *ex contr. & de obl. quæ quaſi ex del.* Igitur pro quadruplici illa conſideratione cauſarum quadripartita quoque eſt obligationis diviſio. Extat alia obligationis ex cauſis diſtributio apud Modeſtin. *l. obligamur.* 52. *hoc tit.* ſed minus accurata. Confundit enim eo loco Modeſtinus cauſas remotiores cum propinquis: nimirum cauſas juris & facti; cauſas, propter quas obligatio conſtituitur, cum jure, quod obligationem conſtituit, aut confirmat. Plura etiam vitia iſtius diviſionis alii obſervarunt. Ego ſingula ad amuſsim examinare nolim: nam pinguis aliquando diſputant Juriſconſulti. VINN. Si paullo accuratius partiri velis, ita omnes obligationes ad ſuas ſpecies revocari poſſe crediderim. Obligatio eſt vinculum juris. Jus ponit legem. Omnis itaque obligatio ex lege eſt, & quidem vel ἀμέσως ex ſola lege, vel ἐμμέσως intercedente facto aliquo obligatorio. Prioris generis ſunt omnes obligationes, quas Cajus *ex variis cauſſarum figuris* naſci ait, quaſque Vinnius noſter *num.* 3. recenſet, & *extraordinarias* vel *irregulares* vocat. Factum porro obligatorium eſt vel *licitum* veluti *contractus* & *quaſi contractus*, vel *illicitum*, ut, *delictum* & *quaſi delictum*. Rem expoſui in *Elementis jur. h. t.* §. 771. *ſeq.* HEIN.

De iis, quæ ex contractu) Quid ſit contractus intelligi non poteſt, niſi prius in genere conſtet, quid ſit conventio: eſt enim contractus ſpecies conventionis *l.* 1. §. 3. *l.* 7. *de pact.* Conventio ſeu pactio (idem enim hæc duo, & item pactum in genere ſumptum, valent) eſt duorum vel plurium in idem, placitum &

5 conſenſus, definitore Ulpiano *d. l.* 1. §. 2. *de pact. l.* 3. *de pollic.* In idem, id eſt, in eadem rem, in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat, prout placuit. Conventionum duæ ſunt ſpecies; aut enim ex *publica* cauſa fiunt, aut ex *privata*, *l.* 5. *de pact.* De publicis tractare non eſt hujus loci privata conventio, aut *nuda* eſt, aut *non nuda*, *d. l.* 7. §. 1. 2. & 4. *de pact. l.* 10. *C. eod. l.* 15. *de præſcr. verb.* Non nudam conventionem Doctores vulgo veſtitam & pactum veſtitum appellant, verbo magis quàm ſenſu inconcinno. *Nuda* conventio eſt, quæ

6 in nudis placiti & conventionis finibus ſtat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi cauſam præter conventionem. *l.* 7. §. 1. 2. & 4. *de pact. l.* 27. *C. de locat.* In libris noſtris etiam pactum ſimpliciter & paſsim appellatur, *d. l.* 7. §. 4. & *ſeqq. l.* 10. *C. eod. l.* 15. *de præſcr. verb. d. l.* 27. *C. de locat. l.* 1. *C. de pact. conv. l.* 5. *C. de contr. ſtipul. l.* 5. §. 2. *de ſolut.* Appellatur pactum nudum, quia ſolum pactum eſt, nihil amplius, *l.* 23. *C. de pign.* nimirum eadem tranſlatione, qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum conſenſum, nudam proprietatem, &c. dicimus Græcis ψιλὸν σύμφωνον. Quod definiunt, ὅπερ μὴ περιγίνεται δίκης, ἀλλὰ μόνον συςῇ ἐπὶ λόγῳ. Hæc conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex ea actio detur, *d. l.* 7. §. 4. & *ſeq. l. diviſionis.* 45. *de pact. l.* 8. *l.* 15. *de præſcr. verb. l.* 10. *l.* 21. *l. ſi certis.* 28. *C. de pact. l. ſive apud.* 28. *C. de tranſact. l.* 3. *C. de rer. permut. cum ſimilibus.* Immo proverbii vice olim jactatum fuiſſe, *ex pacto actionem non naſci*, indicant Impp. in *d. l.* 10. *C. de pact. & d. l.* 1. *C. de pact. conv. tam ſup. dot. & ideo omnibus pactis ſtipulatio ſubjici debet, ut ex ſtipulatu actio naſci poſſit*, ut ait Paul. 2. *ſent.* 22. §. *ult.* Cæterum quæ pacta liberationis cauſa interpoſita ſunt, jure prætorio exceptionem pariunt, *d. l.* 7. §. 4. & *ſeqq. l.* 13. *l.* 28. *C. eod.* &c. Nimirum conditores juris Romani hujuſmodi conventionibus vim coactricem ſubtraxerunt, ut ſola paciſcentium fide ſtaretur, honeſtius atque ad excitandum virtutis ſtudium conducibilius eſſe exiſtimantes, quædam relinquere hominum inter ſe ſpontaneæ fidei & probitati, quàm omnia vinculis legum & neceſsitate adſtringere. Quo pertinet locus Cornificii *lib.* 2. *ad Herenn. Pacta ſunt, quæ ſine legibus obſervantur ex conventione, quæ etiam jure præſtari dicuntur.* Cui ſimilis eſt apud Ciceronem *lib.* 2. *de invent.* Et explodendi, ut ἀπαλῖτ ἰκοι, qui negant, poteſtatem civilem conſtituere poſſe, ut non niſi ſub certo modo & forma obligatio ex conſenſu naſcatur. Qua de re uberius diſſeruimus in tractatu de pactis, quem nuper edidimus. *c.* 5. & 6. ubi etiam nova opinionum circa hoc argumentum monſtra

7 profligamus. Excipiunt ex hoc genere pacta duo, quæ obligationem & actionem pariunt: primum illa, quæ manente ſimplici forma conventionis ſpeciatim ad efficaciam obligationis ſunt confirmata vel jure civili, quæ pacta dicuntur legitima, *l.* 6. *de pact.* quale eſt v. c. pactum donationis, *l. ſi quis.* 35. *C. de donat.* item quibus dos conſtituitur, *l.* 6. *C. de dot.*

dot. prom. vel jure prætorio, ut constitutum, & conventio de pignore, *l. 1. & passim, de pec. const. l. si tibi 17. §. 2. de pact. l. 1. de pign. act.* Deinde & pacta bonæ fidei contractibus in continenti adjecta, quæ his contractibus tamquam pars eorum inesse creduntur, *l. 7. §. 5. de pact. l. 13. C. eod.* Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cujus in continenti interpositum est, competit, *l. fundi. 79. de contr. empt. l. 6. §. 1. de act. empt. l. 11. C. de pact.* Cæterum hæc res non una indiget cautione & distinctione. Primum enim non quævis pacta huc pertinent, sed ea dumtaxat, quæ sunt κατὰ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος, secundum naturam contractus, aut quæ aliqua saltem ratione præstationes contractus, cui adjiciuntur, tangunt, aut contractum promoveant, *d. l. 7. §. quinimo. 5. & seq. de pact.* & ibi comm. DD. *l. pacta. 72. de contr. empt.* Unde Jason ait, pactum, quod est contra naturam contractus, non vestiri cohærentia contractus. Deinde nec omnium contractuum hoc commune est, ut pacta quamtumvis ex continenti adjecta, contractibus insint, & actionem pariant; sed proprium contractuum bonæ fidei: neque tamen omnium ex æquo, sed maximè eorum, qui solo consensu itidem, ut pacta, constant, ut emptio, locatio, &c. quorum etiam contractuum exempla fere in hac disputatione proferuntur, ut videre est plerisque locis modo citatis. Qui autem contractus, cùm sint bonæ fidei, solo consensu non consistunt, sed re peficiuntur, ut commodatum, depositum, iis pacta, quorum substantia in solo consensu, tam facile inesse & incorporari, ut sic loquar, non possunt: nec alia exempla pactorum, quæ hujusmodi contractibus insint, occurrunt, quàm quæ de dolo, culpa, aut casibus fortuitis præstandis interponuntur, *l. 5. §. interdum. 10. commod. l. 1. §. sæpe. 35. depos. l. 23. de reg. jur.* præter exemplum de præstatione usurarum in deposito irregulari, *l. Lucius. 24. & 2. seqq. depos.* Quod attinet ad contractus stricti juris, Bachov. ad Treult. *disp. de pact. thes. 10.* putat, distinguendum inter contractus, qui re fiunt, ut mutuum, & qui verbis, ut stipulatio. Pacta mutuo adjecta ad obligandum & agendum non prodesse, propterea quod re obligatio contrahi non potest ultra id, quod datum est, *l. si tibi. 17. in pr. de pact. l. 11. §. 1. de reb. cred.* ad hæc nullas in mutuo esse præstationes doli aut culpæ, & si qua de his pactio fiat, eam esse extra naturam contractus denique ob eamdem causam, & quia præterea stricti judicii est, nec usuras ex mutuo citra stipulationem exigi posse, *l. 3. C. de usur.* Quod autem quibusdam casibus usura pecuniæ creditæ, aut frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto debetur & peti potest, *l. etiam 30. de usur. l. 5. & l. 7. de naut. fœn. l. 12. C. de usur.* id non ex eo fieri, quod in continenti hæc pacta adjecta sint, & proinde mutuo insint, sed quia speciatim & nominatim jure civili confirmata sunt: esse enim pacta legitima. Stipulationis verò diversam causam esse: licet enim & ipsa contractus sit stricti juris, & ideo non facilè extensionem recipiat, tamen quia verbis perficitur, magnaque in eo cum pactis affinitatem habet, *d. l. 7. §. quod fere. 12. de pact.* facilius admissum esse, ut pacta in continenti facta stipulationibus contineri, iisque inesse intelligerentur, *arg. l. lecta. 40. de rebus cred.* nec obstare *l. quicquid. 99. de verb. obl.* Nam quod pacto stipulationi statim subjecto placuit, id perinde habendum, ac si verbis stipulationis expressum esset. Quæ licet probabiliter à Bachovio disputentur, verior tamen mihi videtur sententia Cujacii, Busii, in *d. l. 7.* Donelli in *d. l. lecta. 40.* & in *l. 13. C. de pact.* qui etiam stipulationem hinc removent. Neque enim frustra est; quod ubi pro regula traditur, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim additur *in bonæ fidei judiciis*, *d. l. 7. §. quinimmo. 5. d. l. 13. de pact.* Quorsum enim hæc adjectio *in bonæ fidei judiciis*, nisi ut intelligamus, in strictis judiciis non idem juris esse? Sic cùm dicitur, in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi, *l. mora. 32. §. 2. de usur.* hoc significatur, deberi in bonæ fidei, non in stricti juris judiciis, *l. 3. C. de usur.* Similiter cùm dicitur, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, *l. 3. de resc. vend.* hoc dici intelligimus, in his solùm inesse, non etiam in strictis judiciis; nam in strictis non veniunt exceptiones, nisi nominatim contestatæ, *l. 9. l. ult. C. de except.* Et certè ineptum esset ac supervacuum, de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subjiciuntur. Nec ullum in libris nostris locum reperio, quo probari possit, pactum stipulationi appositum actionem parere, aut legem stipulationi dare, actionemve ex stipulatu formare, ita stipulationi inesse, ut ad id, quod pacto comprehensum est, ex stipulatu agi possit, pactum augere, informare, extendere verborum obligationem. Paulus autem in *d. l. lecta. 40.* cùm pactum subjectum stipulationi inesse dicit, non significat, id actionem parere, cùm in casu illic proposito non id pacto agatur, ut quid detur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo, quod da-

tum

tum oportuit, aliquid remittatur; quale pactum ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest. Alii nec mutuum hinc removendum putant, quorum sententiam latè tuetur Gœdd. *de cont. stipul. c. 8. concl. 2.* Nos fusius hæc exequimur in eo, quem modo dicebamur, tractatu de pactis, *c. 9. & seq.* VINN. Sed rem tamen clarissimam puto, si leges conferas. Hæ distinguunt, utrum in continenti adjiciatur pactum contractui stricti juris, an ex intervallo, itemque, addatne obligationi, an detrahat. Si in continenti adjectum obligationi detrahit, inest contractui ex parte rei, ut plus ab eo peti nequeat, e. g. si decem dedi, & novem debeas, non nisi novem debebis *l. 11. §. 1. ff. de reb. cred.* Sin in continenti adjectum addit obligationi, tunc non inest ex parte actoris, nec actionem parit. e. g. si decem dem, ut viginti debeantur, tunc non nisi decem debentur. *l. 17. ff. de pact.* Pacti ex intervallo adjecta sive addant, sive detrahant obligationi, non insunt contractui stricti juris, nec ipso jure tollunt obligationem quamvis exceptionem producant. Conf. V. C. Ger. Noodt *de Pact. & transact. cap. 12.*

9 HEIN. Conventio non nuda sive vestita, quæ puri placiti fines egreditur; quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si præter conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile gestum sit, *d. l. 7. §. 2. de pact.* Hæc conventionis species uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definio: Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam. Definitio tantum non iisdem verbis proposita *d. l. 7. §. 1. & 2.* Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum, quæ speciale nomen habent, ex quo genere sunt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum, depositum, commodatum, pignus, & similes contractus, qui quod certum nomen habenr, dicuntur contractus *nominati*, & obligationem actionemque certo jure producunt, non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens; sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæ conventiones ob frequentiorem usum talem accepere vim ac naturam, quæ etiamsi nihil specialiter dictum sit, ex ipso nomine satis intelligatur, D. Grot. *2. de jur. bell. & pac. 12. n. 8.* Alterum genus est earum conventionum, quæ nomine quidem proprio carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisc onsultus *d. l. 7. §. 2.* Et hæ quoque conventiones obligationem & actionem pariunt. Causam definio dationem vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi aut feci ea lege, ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres, uti & Jurisconsultus *d. l. 7. §. 2.* ipse hoc explicat, & innumeris locis significatur, *l. 5. per tot. l. 8. l. 15. de præscr. verb. l. 6. l. si profundo. 33. C. de transact. l. 6. C. de rer. perm. & simil.* alias negotium dicitur, *d. l. 15. de præscr. verb.* & negotium civile, *l. 21. de æstim. act.* id est, tale quod constituit συνάλλαγμα: unde obligatio & actio civilis, ne quis hic somnier de causa impellente aut finali, quæ paciscentes movit: nam talis causa etiam in nudis pactis est, ut, dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphilum: dabo tibi equum, tu mihi insulam facies: dabo tibi partem bonorum ut à lite discedas, *l. 21. C. de pact. l. 28. C. de transact.* Videamus autem ne definitio contractus à nobis proposita nimis lata sit. Nam Labeo in *l. 19. de verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat esse ultro citroque obligationem, id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantùm obligatur, qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo *d. loc.* expresse à contractu distinguit. Sed animadvertendum est, Labeonem eo loco non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio, sed quid prætor eo verbo significet, cùm hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, actum, contractum, gestum. Nam cùm hæc singula per se posita & vi sua generalia sint, apparet, Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque contractus ad eas species traducere contractuum, quæ mutuam obligationem pariunt. Nos verò hoc certo tenebimus, substantiam contractus in eo non consistere, ut ultro citroque obliget, sed non minus propriè si unus tantùm alteri, quàm si invicem contrahentes inter se ex conventione obligentur, contractam dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum: id quod satis ostendit vetus & recepta contractuum divisio, *hoc text. & in l. 1. eod.* proposita, *item in l. 1. §. pen. de pact.* Apparet autem ex disputatione Ulpiani, in *d. l. 7. §. 1. 2. de pact.* unde nostra contractus definitio sumpta est, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed esse & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus ha- 10

habeant: tamen neque in proprium nomen transeunt, nec causam, cur dare aut facere debeas, ullam habent præter conventionem; utique si per se spectentur, illa sine adminiculo legis, hæc sejuncta à contractu, in quo fiunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento *assistentiæ legis*, alterum *cohærentiæ contractus*: quippe qui nuda ea pacta sola appellant, quæ efficaciam obligandi non habent, & in terminis jure gentium manserunt. Quod etsi ratione non caret, tamen veteres omnem conventionem extra contractum non alio nomine, quàm nudi pacti simpliciter appellare solent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet, *l. 6. l. 7. §. 5. de pact. l. 10. l. 13. C. eod. l. etiam. 30. de usur. l. 12. 11 C. eod. l. 6. C. de jur. dot.* Usu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo & simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quæ stipulationis. Tantùm meminerimus, distinguendas esse promissiones serias, meditatas & utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cùm quis non dispositivè, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrativè, vel per jocum & aliud agens aliquid pronuntiat, ut ex illis tantùm, non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expressè cautum est *c. 1. & c. 2. x. de pact.* & videmus, pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Connanus vir eruditione minimè vulgari præditus existimat, ne jure quidem gentium ex nuda conventione obligationem oriri, *lib. 5. comm. c. 1.* sed ei occurritur à D. Grot. *lib. 2. de jur. belli & pac. c. 11.*

Aut re contrahitur aut verbis, &c.) Ὑπὸ διαίρεσις primæ speciei, id est, earum obligationum, quæ sunt ex contractu sumpta à causis obligationum ex contractu proximè constituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur, quidam verbis, quidam litteris: id est, obligationem tum demum producunt, cùm vel res, vel certa verba, vel scriptura intervenerit: quidam consensu fiunt, id est, præter consensum quomodocumque declaratum ad sui perfectionem nihil desiderant. Itaque proposita divisio non sic accipienda est, quasi in ea obligationes, quæ consensu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahuntur consensu: nullus enim contractus, nullave obligatio ex contractu sine consensu esse potest, *l. 1. §. pen. de pact.* sed ita, ut obligationibus, quo non solo consensu fiunt, sed præter consensum rem, verba aut litteras requirunt, oppositam intelligimus eam speciem, quæ solo consensu contrahitur, nihil amplius ad constitutionem obligationis desiderans. Denominatæ enim sunt hæ species ab eo, quod cujusque proprium est, & in unaquaque eminet.

Aut litteris) Hanc speciem obligationis videntur veteres comprehendisse sub ea, quæ re contrahitur; quoniam ex litterarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuam. Certè plurium, quæ ex contractu sint, illi non meminerunt, quàm harum trium, re, verbis, consensu, *l. 1. §. 1. l. 4. hoc tit. l. 1. §. 3. de pact. l. 8. §. 1. de fidejuss. l. 1. §. 1. de novat.* Et tamen hanc obligationem jam tum in usu fuisse constat ex *tit. C. de non num. pec.* Vinn. Immo multo certius hoc genus contractus jam sæculo Christi 2. in usu fuisse, constat ex Caji *Inst. lib. 11. tit. 9. §. 12.* Alia hujus contractus vestigia in ipsis Digestis deprehendit Galvan. *de usufr.* qui & observat, veteres illos qui species contractuum nominatorum recensentes litterarum obligationem omiserunt, eamdem sub verborum obligationibus comprehendisse. Et sanè multo verosimilior hæc Galvani, quam Vinnii nostri sententia, quia & in hac olim verba solemnia intercessisse, ex Theophilo *ad tit. Inst. de litt. obl.* patet. Hein.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 12. Tit. 1. Lib. 13. Tit. 6. & 7. Lib. 16. tit. 3. C. Lib. 4. Tit. 1. 23. & 24. 34.

Continuatio. Quando obligatio dicatur re contrahi? & quæ obligationes huc pertineant?

Hoc titulo exponitur prima species obligationum, quæ non ex solo consensu nascuntur, sed demum cùm aliqui ad conventionem accessit, illæ nimirum, quæ nascuntur ex contractibus, qui præter consensum, rei interventum ad perfectionem sui requirunt; quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Qui fit re obligationem contrahi, nulla certa definirione, sed exemplis ostenditur. Rectius fecissent Com-

positores, si primum commoda aliqua definitione rem declarassent, ac tum singulas enumerassent species: nam utrumque ad genus aliquod & species ejus generis cognoscendas est necessarium. Nunc & insufficiens videtur enumeratio specierum, & difficilis est omissarum investigatio. Potest autem hæc obligatio sic describi. Obligatio re contrahitur, cùm datum aliquod aut factum ad consensum accedens obligationem inducit. Rem enim hìc generaliter accipimus, ut facta comprehendat. Neque verò obligationes illæ solæ huc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, quæ hìc memorantur, mutuo, commodato, deposito, pignore, nascuntur; sed etiam quæ ex contractibus innominatis: ex quibus omnibus obligationem non nasci constat, nisi datum aliquod aut factum ad conventionem accesserit, *l.* 1. §. 2. *de rer. permut. l.* 3. *C. eod. l.* 7. §. 2. *de pact. l.* 5. *& pass. de præscr. verb.* disertèque Paulus in *d. l.* 1. §. 2. *de rer. permut.* hac nota permutationem distinguit ab iis contractibus, qui nudo consensu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet. Videri tamen possunt veteres propriè & in specie tunc obligationem re contrahi dixisse, cùm res tradita vel in genere vel in specie reddenda est: ideoque solummodo quatuor illos hujus generis contractus nominatos, quorum id proprium est, mutuum, quod id agitur, ut res ejusdem generis, commodatum, depositum, pignus, quibus agitur, ut eadem species restituatur, huc retulisse, *l.* 1. §. 2. *cum* 4. *seqq. de obl. & act.* quod & Justinianus secutus sit. Conventio restituendi titulo & nomine contractus inclusa est.

TEXTUS.

De mutuo.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurave constant; veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eædem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum est: quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat; & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur certi condictio.

NOTÆ.

Re contrahitur) Ex Cajo *l.* 1. *de obl. & act.* Re contrahi obligatio dicitur, cùm datio aliqua aut factum ad consensum accedens obligationem inducit, *l.* 2. §. 3. *de reb. cred. l.* 1. §. 2. *de rer. perm. l.* 3. §. 2. *& seqq. l.* 8. *in fin. de præscr. verb.* & propriè, cùm res tradita vel in genere, ut in mutuo; vel in specie, ut in commodato, deposito, pignore, reddenda est.

Pondere, numero, &c.) Quoniam hæ res ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantumdem præstent; quod non item contingit in aliis: quibus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.*

Certi condictio) Mutuum contractus est μονόπλευρος, eum solùm obligans, qui mutuum accepit; ac proinde una tantùm hinc nascitur actio, quæ appellatur certi condictio. Si stipulatio numerationi adjecta, non ex numeratione, sed ex stipulatione nascitur, *l.* 6. *&* 7. *de novat.* ejusdem tamen naturæ actio est, idemque nomen obtinet, *inf. tit. prox. in pr. l.* 9. *l.* 24. *de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1 *Definitio mutui, ejusque definitiones per partes explicatio.*
2 *Materia mutui, & an panes ad numerum mutuo rectè dentur?*
3 *Cur mutui datio dumtaxat consistat in rebus consumptibilibus?*
4 *Emendationem D. Salmasii in* l. 2. §. 2. de reb. cred. *non videri necessariam.*
5 *Forma hujus contractus propria.*
6 *Singularia quæ hìc recepta.*
7 *Finis & effectus, tum consequentia.*
8 *Debitorem non prohiberi eamdem rem, quam accepit, in specie reddere*
9 *Commodum æstimationis auctæ & incommodum deminutæ ad creditorem pertinere.*
10 *In æstimatione ineunda, si debitor in eam condemnandus, cujus temporis aut loci ratio habeatur?*
11 *Speciale esse, quod nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi possunt.*
12 *Aucto aut deminuto nummorum valore, eos reddi oportere ea æstimatione, quæ est, cùm solvuntur, secundum comm.*
13 *Esse quidem de natura mutui, ut eadem bonitate res reddantur: de substantia non esse.*
14 *Etymon mutui.*
15 *Duplexne sit, an una generalis certi condictio?*

Mutuum est contractus, quo res, quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque reposcenti creditori tantumdem 1

ex

ex eodem genere reddat. Constituitur mutuum non solo ac nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari &c. quod Paulus sic expressit, *mutuum non potest esse, nisi pecunia proficiscatur l. 2. §. 3. de reb. cred.* Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra quàm datum est obligatio contrahi possit, veluti si tibi dederim decem, undecim reddas, non amplius quàm decem condici poterunt, *l. 11. §. 1. eod. tit. l. si tibi 17. de pact.* Quod si simpliciter convenerit, ut tibi certam pecuniæ summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio, nec nomen, nec συνάλλαγμα habens, ac proinde nec eum, qui se daturum promisit, extra stipulationem jure civili obligat, *per vulgat.* Planè si pecunia apud aliquem jam sit, verbi gratia, ex causa depositi, potest ea nuda voluntate transferri, & converti in causam mutui fictione brevis manus, *l. 9. §. ult. de reb. cred.* In hoc igitur causam efficientem & simul rei gerendæ formam communem cernere licet. Illud notandum, mutuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpè etiam pro re mutuo data: quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

Quæ pondere, numero, mensura) Materia mutui sunt res, quæ pondere, numero, mensura constant, id est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. Non autem res omnes, quæ appendi, numerari, &c. possunt: 2 alioqui nihil fere esset, in quo mutuum non consisteret. Aliud scilicet est, pondus, numerum, mensuram habere, aliud, ex pondere, &c. constare. Glossa in *l. 2. §. 1. de reb. cred.* negat, panes ad numerum mutuo dari posse: quod alii contra simpliciter affirmant, sed rectè Bart. *in d. l. 2. §. 1.* sic distingendnm censet, ut si panes limitatam in civitate quantitatem habeant, id est, definitum pondus, possit in his mutuum consistere ad numerum: sin 3 minus, non nisi ad pondus. Ideo autem in his rebus dumtaxat mutui datio consistit, *quoniam earum datione possumus in creditum ire, eo quod functionem eamdem in genere recipiunt per solutionem, quàm in species*; id est, quoniam hæ res natura ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, ita ut re ejusdem generis soluta, non aliud, sed idem, quod creditum est, videatur redditum; quod secus est in cæteris rebus. Nullæ enim aliæ res tam sunt æqualis æstimationis, ut in suo genere solutæ, aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantumdem præstent: ideoque si non eadem res, quæ accepta est, sed alia ejusdem generis redderetur, aliud pro alio solveretur, quod non licet invito creditore. Ad hunc modum disputat Paulin. *d. l. 2. §. 1. de reb. cred.* Doctissimus Sal- 4 masius *lib. de usur. c. 1.* textum emendat, & pro *functionem recipiunt*, reponit *suffectionem recipiunt*; ne bis idem dici videatur, cùm idem sit, ut ait, solutio, quod functio. In quo, viro clarissimo assentiri non possum. Primum quia functionis verbum latius patet quàm solutionis, & ad omnia refertur, quæ vice mutua tantundem præstant, aut quorum alterum alterius vicem explet, *l. 6. de reb. cred.* etiam ubi nulla intervenit solutio: veluti cum pignoribus fungi dicimur invicem satisdationis, *l. 7. de præt. stip.* vel noxæ deditione fungi, *l. liber homo. 37. §. 1. ad leg. Aquil. §. 2. Inst. de nox. act.* Deinde quia Jurisconsultus ita ut ibi loquitur, loqui non potuit, nisi & quod acceptum in specie redditur, rectè dicatur suffici. Sed in his non sunt positæ opes Græciæ. 5 Forma hujus contractus propria consistit in ipsa mutui datione, sive dominii rerum in accipientem translatione. Idque adeo mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo acceperit, *Quod de meo tuum fiat. d. l. 2. §. 2. de reb. cred.* Ex hoc autem intelligimus & eum, qui credit, dominum esse oportere, & eo animo rem tradi accipique, ut is qui accepit dominus fiat, *d. l. 2. §. pen. l. in omnibus 55. l. de obl. & act.* junct. *l. si ego. 18. §. 1. de reb. cred.* Enimverò si debitorem meum jussero ti- 6 bi dare pecuniam, aut si inter nos convenerit, ut pecuniam ex mandati causa debitam crediti nomine retineas, obligaberis mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Item si lancem tibi vendendam dederim, ut nummis uteréris, perinde mihi obligaberis, ac si vendidissem ipse, pretiumque tibi tradidissem. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus, auctore Ulpiano in *l. 11. & l. 15. de reb. cred.* Quamquam difficilior videtur Africanus in *l. qui negotia. 34. mand.* vid. Cujac. *tract. 8. ad African.* Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si v. c. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide consumptis mutuum confirmetur, & condictio nascatur: & generaliter, ut quod numeranti præstat pecuniæ translatio, hoc ea ab initio non translata, præstet consumptio, *l. 11. in fin. & 2. ll. seqq. l. 19. §. 1. de reb. cred. l. 17. de solut.* Finis est, ut is qui 7 rem mutuo accepit, pro commodo suo ea uti, eamque consumere possit, atque ut aliquando post rem ex eodem genere, & tantumdem (quo æquè bonam quoque intelligimus) creditori reddat, *d. l. 2. in pr. de reb. cred. l. 1. §. 2. de obl.*

obl. & act. quod ipsum natum obligationis mutui continetur, licet de eo nihil nominatim convenerit, *l. 3. de reb. cred.* Ad effectum quod attinet, transit rei mutuo datæ dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Unde est, quod rei, quam mutuo accepit, interitu non liberatur, §. 2. *hoc tit. l. 1. §. 4. de obl. & act.* nimirum duplici de causa; tum quia regulare est, ut res pereat suo domino, *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est; genus autem numquam perit, *l. 11. C. si cert. pet.* Creditori hoc nomine acquiritur actio, quæ vocatur certi condictio, *hoc text. in fin.*

Numerando, metiendo, &c.) Quod si v. c. obsignatæ dentur custodiendæ; naturam cujusque corporis imitantur, & tum depositum est.

Ut accipientium fiant) Quæ res mutuo dantur, in hoc dantur, ut accipientis fiant, *l. 1. §. 2. de obl. & act. l. 2. de reb. cred.* Cujus rei ratio est, quia nisi ea lege darentur, ne uti quidem illis liceret, quoniam usus earum sine consumptione planè nullus est.

Non eadem res) In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data est, reddatur, sicuti in commodato, deposito, pignore, sed alia ejusdem generis; seu, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recepturi eamdem speciem, sed idem genus, *d. l. 2. de reb. cred.* 8 alioqui ex causa mutui nulla fieret alienatio. Secundum quod Ulpianus respondet, non alienari nummos, qui sic dantur, ut restituantur, *l. qui sic. 55. de solut.* Quod tamen non eo pertinet, ut non liceat debitori eamdem speciem, quæ accepta est, si forte ea usus non sit, creditori restituere, atque eo modo se liberare, quasi hoc sit contra conventionem, ut putabat Azo: nam totum hoc solius debitoris gratia cautum intelligitur, ut scilicet ille re mutua utatur, si velit: sin autem usus non sit, nihil prohibet, quominus eamdem reddat, dum reddat non deteriorem: sic enim vel maximè res ejusdem generis ejusdemque bonitatis redditur, quod solùm hujus contractus obligatio exigit, Joan. Bart. *in d. l. 2. n. 3.* 9 Zas. *n. 9.* Don. *n. 5.* Porro dum res reddatur ejusdem generis, eademque bonitate, idque suo solo ac tempore, aut alias ante litem contestatam: quantacumque sit præsens æstimatio, debitor liberatur, ita ut æstimatio præcedentis temporis in quæstionem non veniat, sed & auctæ commodum & incommodum deminutæ pertineat ad creditorem, per *l. vinum 22. de reb. cred.* quippe æstimatio extra rem est, magisque proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quàm bonitate. Don. *ad d. l. 3. n. 5. & seq.* At enim æstimatio, quia credita non est, pro re credita invito creditori obtrudi non potest, *arg. d. l. 2. §. 1. l. 1. de rer. perm.* DD. comm. in *d. l. vinum 22.* Wesemb. *par. de reb. cred. num. 12.* quamvis contrarium usus servet. Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. c. 2. n. 22.* Quod 10 si tamen necesse sit condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem, quia forte res præstari non possit, aut commutata præcedentis temporis æstimatio: quam æquum sit actorem consequi, in ea ineunda tempus litis contestatæ spectandum erit, &, si mora facta sit, quantum æstimatio postea crevit, præstandum, *d. l. vinum 22. l. ult. de cond. tritic. l. quoties. 59. de verb. obl. l. 37. mandat.* Specialem ra- 11 tionem in nummis mutuo acceptis habet, quod eos necesse non sit reddi in eadem forma aut materia, nisi creditor ex ea re damnum aliquod passurus sit, *l. creditorem 99. de solut. arg. l. quæ extrinsecus. 65. §. 1. de verb. obl.* Quippe etiam tunc intelligitur idem genus nummorum redditum; cùm v. c. pro aureis creditis tot argentei redditi sunt, qui eamdem quantitatem efficiunt, puta pro uno aureo, qui valet decem argenteos, totidem argentei probi & locabiles. Nam nummus non tam ex materia æstimatur, quàm ex hominum instituto seu valore imposititio. Id est, in nummis non tam inspicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quàm potestas, valor, seu æstimatio, *l. 1. de contr. empt.* ut proinde qui aureum debet, non præcisè corpus hujusmodi debere intelligatur, sed potius ipsius valorem, seu potestatem publica lege ei impositam. Sic accipiendum illud Senec. *6. de benef. c. 5. Pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.* Cæterum ita demum nummos mutuo acceptos solvere in alia forma aut materia licet, si id fiat sine injuria creditoris: si damnum ex ea re passurus sit creditor, non licet juxta responsum Pauli *d. l. creditorem. 99. de solut.* Atque hinc 12 pendet decisio nobilissimæ quæstionis si post contractum æstimatio nummorum creverit aut decreverit, utrum in solutione facienda spectare oporteat valorem, quem habeant tempore contractus, an qui nunc est tempore solutionis: intellige si nihil de ea re expressè dictum sit, neque mora invenerit. Hotom. *illustr. quæst. 15.* Don. *ad d. l. 3. de reb. cred. num. 10. & 11.* contendunt, tempus contractus inspiciendum esse, id est, ea æstimatione nummos reddendos, non quæ nunc est, sed quæ initio fuit, cùm dabantur. Nimirum nihil illi in pecunia numerata præter æstimationem

nem

nem considerandum putant, totamque nummi bonitatem in hac ipsa æstimatione consistere; ac proinde creditori non facere injuriam qui eamdem æstimationem, quam accepit, reddit; tantum enim reddere eum, quantum accepit, quod ad solutionem mutui sit satis. Itaque secundum horum sententiam, si 100. aurei mutuo dati sint, cùm aureus valebat asses 50. reddantur autem, cùm singuli valent asses 55. debitor reddens creditori aureos 90. aut in singulos aureos 50. asses, reddit quantum accepit, & liberatur; & vicissim si imminuta sit ad eumdem modum aureorum æstimatio, non liberatur, nisi reddat aureos 110. aut in singulos aureos asses 55. Bartolus verò in *l. Paulus.* 101. *de solut.* Bald. *in l. res in dotem.* 24. *de jur. dot.* Castr. *in lib.* 3. *de reb. cred.* & DD. comm. ut videre est apud Boer. *dec.* 327. contra censent, spectandum esse in proposito tempus solutionis, id est, aucto vel deminuto nummorum valore, ea æstimatione reddi eos oportere, non quæ tunc fuit, cùm dabantur, sed quæ nunc est, cùm solvuntur, neque aliud statui posse sine creditoris aut debitoris injuria. Quæ sententia, ut mihi videtur, & verior & æquior est. Nam quod contrariæ sententiæ Auctores unicum urgent, in nummis non materiæ, sed solius æstimationis imposititiæ atque externæ, quam ob id vulgo extrinsecam nummi bonitatem vocant, rationem duci, nummumque nihil aliud esse, quàm quod publicè valet, vereor, ut simpliciter verum sit. Utique enim materia numismatis fundamentum esse & causa valoris; quippe qui variatur pro diversitate materiæ, oportetque valorem hunc justa aliqua proportione materiæ respondere; neque in bene constituta rep. nummo ea æstimatio imponi debet, quæ pretium materiæ, ex qua cuditur, superet, aut superet ultra modum expensarum, quæ in signanda pecunia fiunt; quod ad singularum specierum valorem parum addere potest. Vid. Covar. *de vet. coll. numism. cap.* 7. *num.* 7. Sed hoc ad actus & præstationes privatorum non pertinet. Illud pertinet, quod si dicimus, creditis nummis nihil præter æstimationem eorum creditum intelligi, necessario sequitur, creditorem teneri in alia forma aut materia nummos accipere, contra definitionem Pauli in *d. l.* 99. *de solut.* etiamsi damnum ex eo passurus sit: nam, qui recipit, quod credidit, nihil habet, quod conqueratur. Sequitur & hoc, si contingat mutari nummorum bonitatem intrinsecam, id est, si valore veteri retento percutiantur novi nummi ex deteriore materia, quàm ex qua cusi, qui dati sunt, puta, si qui dati sunt, cusi fuerint ex puro auro, postea alii feriantur ex auro minus puro & mixto ex ære, debitorem restituendo tot mixtos & contaminatos, quod ille puros accepit, liberari cum insigni injuria creditoris: & contra interpp. pene omnium doctrinam, qui hoc casu solutionem faciendam esse statuunt ad valorem intrinsecum monetæ, qui currebat tempore contractus, testibus Gail. 2. *obs.* 73. *n.* 6. & 7. Borcholt. *de feud. ad cap. un. quæ sunt regal. num.* 62. Illud enim maximè in hac disputatione considerandum est, quoniam hic finis nummi principalis est, ut serviat rebus necessariis comparandis, auctore Aristotele 1. *Polit.* 6. quod mutata monetæ bonitate sive extrinseca sive intrinseca, pretia rerum omnium mutentur, & pro modo auctæ aut imminutæ bonitatis nummorum crescant aut decrescant: quod ipsa docet experientia; eoque facit *l.* 2. *C. de vet. num. pot. lib.* 11. Crescunt rerum pretia, si deterior materia electa aut manente eadem materia, valor auctus sit: decrescunt electu materiæ melioris, aut si eadem bonitate materiæ manente valor imminutus fuerit. Fallitur enim imperitum vulgus, dum sibi persuadet, ex augmento valoris aurei aliquid sibi lucri accedere. Hoc autem fundamento posito, siquidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita definiendum videtur, ut si bonitas monetæ intrinseca mutata sit, tempus contractus, si extrinseca, id est, valor impositius, tempus solutionis in solutione facienda spectari debeat. Atque ita sæpissime judicatum est. Boer. *decis.* 327. Ann. Robert. *lib.* 1. *rer. jud. c. ult.* Mynf. 4. *obs.* 1. Gail. *d. obs. num.* 6. & *seqq.* Borcholt. *ad d. c. un. quæ sunt regal. num.* 58. & *seqq.* Christin. *vol.* 3. *dec.* 1. *num.* 2. D. Jac. Coren. *decis. Cur. sup. Holl.* 23.

Ejusdem naturæ & qualitatis) Id est, ejusdem generis & eadem bonitate. Luc. *c.* 6. *vers.* 34. δανείζουσι ἵνα ἀπολάβωσι τὰ ἴσα. [13] Atque horum alterum, ut res ejusdem generis reddantur, mutuo essentiale est, *l.* 2. *de reb. cred.* alterum, ut eadem bonitate, neutra quidem mutui continetur, sed de substantia sive essentia mutui non est, *l.* 3. *eod.* Itaque prius pacto mutari non potest, quin in alium contractum res abeant. Nam si hoc actum, v.c. ut pro oleo vinum, aut frumentum pro vino redderetur, non mutuum, sed permutatio est, *l. pen. C. de rer. perm.* sive contractus, Do ut des, *l.* 5. §. 1. *de præscr. verb.* Posterius potest salvo manente mutuo, ad cujus substantiam hoc solùm requiritur, ut debeatur idem genus, *d. l.* 2. *arg. d. l.* 3. junct. *d. l.* 5. §. 4. Quæ in contra-

ctibus sint substantialia, quæ naturalia, quæ accidentalia, ex communi sententia tradit Gab. Mælæus *tract. de contr. empt. part. 5. n. 13. & seqq.* Phil. Matth. *ad l. 17. de reg. jur.* Bellon. *1. supput. c. 5.*

14 *Ut ex meo tuum fiat*) Bella hæc Jurisconsulti in *d. l. 2. §. 2.* allusio est, non vera hujus verbi originatio, quod Varro *lib. 4. de Ling. Lat.* à voce Sicula μοῖτον deducit: *Si datur*, inquit, *quod reddatur: mutuum est, quod Siculi μοῖτον.* Sed & hoc ipsum videtur esse ex μοι & τ̃ pro τοῦ. Grot. *Flor. spars.* De quo plura D. Salmasius *lib. de usur. c. 1.* Cave autem credas, quod idem ibidem asserit, in mutuo de meo tuum non fieri. Immo nisi de meo tuum fiat, non est mutuum, *d. l. 2. & passim. de reb. cred.* sed vide notata sub *§. ult. sub. quib. alien. lic.* D. Cujac. *11. obs. 37.* a mutatione potius dictum existimat, quod mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur: quo etiam alludere videtur Cic. in epist. quadam ad Q. Metellum his verbis: *Quod autem scribis pro mutuo inter nos animo; quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio. Equidem hoc arbitror, cùm par voluntas accipitur & redditur.* Sed & verbum mutare à Siculo μοιτᾶν suum fecisse videntur Latini. D. Salmasius *d. loc.*

Quæ vocatur certi condictio) Mutuum contractus est μονόπλευρος, ex uno tantùm latere obligationem pariens, non ultro citroque; nam is solus ex hoc contractu obligatur, qui mutuum accepit, & adversus hunc mutuanti datur illa actio, quam Justinianus ait vocari

15 certi condictionem. De hac condictione magna est, licet non adeo magni momenti, quæstio, utrum scilicet specialis ea sit, an generalis; id est, utrum condictio certi ex mutuo propriam & distinctam naturam ab aliis certis condictionibus habeat, an sit ejusdem naturæ in genere cum cæteris, & cum his, ex quacumque causa competant, sub communi genere condictionis certi contineatur? Prius placet interpretibus Citramontanis, duplicem certi condictionem statuentibus, unam specialem, quæ competat ex causa mutui, (addunt aliqui & eam, quæ competit ex causa stipulationis, *inf. de verb. obl. in pr.*) alteram generalem, quæ competat ex causis & obligationibus cæteris, ex quibus certum debetur; quam superiori, ut speciem diversæ naturæ, opponunt Accurs. Bart. Castr. Jas. in *l. 9. de reb. cred.* Cyn. Salic. ad *rubr. C. si cert. pet.* Posterius verò Ultramontanis visum est, qui unum dumtaxat commune genus certi condictionis agnoscunt, sub quo tam eo, quæ ex mutuo aut stipulatione, quàm quæ ex aliis causis competit, contineatur, & ejusdem naturæ: quæ sententia verior est, per *l. 24. de reb. cred. l. 5. §. 4. de obl. & act. & d. l. 9. de reb. cred.* qui locus apertè ostendit, in genere unam esse certi condictionem, in quo, quæcumque sit causa petendi, petitio omnis certi conveniat, sive petatur ex mutuo sive ex stipulatione, sive ex causa legati, sive ex causa furtiva &c. Quod si pro diversitate causæ agendi, quod medium concludendi Bartolus vocat, condictionem certi distinguere velimus, quod per me licet, tot erunt ejus species statuendæ, quot sunt causæ agendi propriæ. Putavit Bartolus, condictionis certi ex mutuo hoc proprium esse, quod in ea instituenda speciali modo concludendi utendum sit, videlicet quia mutavi: in cæteris verò speciebus, & condictione certi generali sufficere, si dicam me certum petere. Quod falsum est. Utique enim cùm, exempli gratia, centum peto ex causa legati, utorque in eo condictione certi, concludere debeo, quia mihi legata, ut actio speciem futuræ litis demonstret, *arg. l. 3. C. de edend.* Zas. *ad d. l. 9. de reb. cred. n. 9. & seq.* Don. *ibid. n. 4. & seqq.* Goedd. *d. contr. stipulat. c. 11. conclusion. 2.* VINN. Rectè quidem dicitur condictionem certi esse actionem generalem, quæ ex omnibus causis, unde certum debetur, competit. Sed tamen quum mutuum sit contractus nominatus, cujus natura est, ut actionem producat cognominem; genuinum actionis ex hoc contractu nascentis nomen est *actio mutui l. 5. C. quib. non objic. long. temp. præscr.* quemadmodum ex stipulatione *actio ex stipulatu*, quamvis illa ab obligationis qualitate *condictio certi*, hæc modo *certi*, modo *incerti* cognominetur. HEIN.

TEXTUS.
De indebito soluto.

1. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione, non magis quàm mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cùm is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quàm contrahere.*

NOTÆ.

1. *Per errorem*) Rectè *per errorem*; nam qui sciens

sciens se non debere solvit, non repetit, *l.* 1. §. 1. *l.* 26. §. 3. *de cond. ind.* propterea quod donasse censetur, *l.* 53. *de reg. jur.* Errorem an facti dumtaxat intelligere debeamus, an etiam juris, v. *inf. de obl. quæ qu. ex contr.* §. 6.

Ac si mutuum accepisset) Quod Cajus sic expressit, *eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus. l.* 5. §. 3. *de obl. & act.* Unde Cujac. 8. *obs.* 34. *& par. C. de cond. ind.* solutionem indebiti factam in iis, quæ pondere, numero, &c. constant, promutuum vocat. Quod si aliæ res solvantur, quibus in creditum non itur, promutuum non est: & agendum sola conditione indebiti.

Non videtur ex contractu) Vid. *inf. de obl. quæ quas. ex contr.* §. 6.

COMMENTARIUS.

PEr occasione disputationis de mutuo subjicitur hic aliquid de indebito per errorem soluto, ut ex textu apparet. Habet enim solutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congessit Cujacius 8. *observ.* 34. Duo hic referuntur, ut statim videbimus. Cæteroquin non est hujus loci proprium tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quasi à debitore accepit: quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur, ut demonstrabitur suo loco. Planè si quis dubitans nominatim hac lege solverit, ut si postea appareret esse indebitum, redderetur, hoc casu magis est, ut ex vero contractu accipiens obligetur.

Re obligatur) Requiritur enim ad hanc obligationem producendam, ut quid solutum sit, sive naturaliter datum & præstitum solutionis causa, tamquam debitum.

Condictitia actio) Id est, condictio indebiti. Actio enim condictitia idem valet, quod condictio, *l. si quis.* 24. *de reb. cred. l.* 7. *de cond. ca. dat.* §. 24. *& seq. inf. de act.*

Perinde ac si mutuum) Prima convenientia indebiti soluti cum mutuo ex duabus, quarum hìc fit mentio. Sic Cajus in *l.* 5. §. 3. *de obl. & act.* scribit, eum, qui non debitum accepit, eadem actione teneri, qua debitores creditoribus; ubi debitorum & creditorum nomen strictè ad mutui dumtaxat causam refertur. Enim verò & qui indebitum accepit, & qui mutuum, tenentur quidem eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus: uterque enim tenetur *condictione certi*: cæterum pro causæ petendi diversitate sunt etiam hæ diversæ species condictionis certi, *condictio ex mutuo*, & *condictio indebiti*: differunt enim mutuum & solutio indebiti ratione objectis; siquidem mutuum earum tantùm rerum est, quæ pondere, numero, mensura constant: solvi autem per errorem quasi debita etiam quævis alia possunt, & soluta condici, quibus in creditum non itur. Quamobrem non satis causæ video, cur solutionem indebiti *promutuum* Cujac. vocet.

Unde pupillus, &c.) Altera indebiti soluti cum mutuo similitudo. Ut pupillus mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate accipiendo non obligatur, *l.* 59. *de obl. act.* ita nec accipiendo pecuniam indebitam; nisi solutione factus sit locupletior, *l.* 13. §. 1. *de cond. ind.* quod generale est, *l.* 5. *de auct. tut. l.* 4. §. 4. *de dol. exc.*

Non videtur ex contractu) Ideoque melius à Cajo collocatur in earum classe, quæ quasi ex contractu nascuntur, *l.* 5. §. 3. *de obl. & act.* Sed & à Justiniano ob hanc causam infra in eodem ordine repetita est, *tit.* 28. *hujus lib.* ubi nos etiam accuratius de ea disputamus.

TEXTUS.

De commodato.

2. *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè distat: namque non ita res datur, ut ejus fit; & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare tenetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit: alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregre tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris; dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc propriè intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.*

NOTÆ.

2. *Item is, cui res, &c.*) Ex Cajo *l.* 1. §. 3. *de obl. & act.*

Re ipsa restituenda) Quoniam qui commodato dat, rei proprietatem retinet, *l.* 8. *&* 9. com-

commod. qui mutuo, rem facit accipienris.

Qui mutuum accepit, si fortuito casu, &c.) Tum quia res regulariter perit suo domino, *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est, quod perire non potest, *l. 11. C. si cert. pet.* nam genus non est quid materiale, sed intellectuale, quod passionem non recipit.

Modo alius diligentior) Continet hic locus descriptionem diligentiæ summæ, cui opponitur culpa levissima, id est, cùm quis aliàs mediocriter diligens in eo peccat, quod vir diligentissimus vitare potuisset. In summa commodatarius præstat & dolum & omnem culpam. Excipe species in *d. l. 5. §. 10. & d. l. 18. in fin. prac. commod.*

Nulla mercede) Commodare enim officii est & humanitatis, *l. 17. §. 3. commod.* Petron. *Sive ergo nobis vendis, quid peto, mercator paratus est: sive quod humanius est, commodas, effice, ut beneficium debeam.* Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ, *l. 1. §. ult. mand.*

Commentarius.

1. *Quid sit commodare, & quid commodatum differat à precario?*
2. *Contractuum quosdam esse μονοπλεύρους, quosdam διπλεύρους, alios medii generis.*
3. *Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.*
4. *Dolum in omnibus contractibus præstari; casum fortuitum in nullo, & quid utrumque? tum an periculi nomine semper casus veniat?*
5. *Inter casus fortuitos non numerari, qui cum culpa conjuncti esse solent; & qui isti casus?*
6. *Quibus ex causis cesset regula de casibus fortuitis non præstandis?*
7. *Culpa quid & quotuplex? plenius quam vulgo.*
8. *Quid culpa lata, quæ & dolo proxima?*
9. *Quid culpa levis?*
10. *Quid levissima? ubi & alia minus trita.*
11. *Latam culpam non minus, quàm dolum, in omnibus contractibus præstari, rejecta Zasii distinctione.*
12. *Qui contractus dolum duntaxat recipiant? qui verò & culpam? Tum in quibus negotiis etiam officii debitor culpam præstet, & diligentiam?*
13. *Positivos*, exactus, diligens *sæpe pro superlativis*, exactissimus, diligentissimus, *in hac disputatione poni & contra.*
14. *Quam culpam præstet commodatarius?*
15. *Quando culpa à commodatario abesse intelligatur?*
16. *Commodatum propriè nullum nisi gratuitum.*

Secunda species obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ *hoc tit.* recensentur, est obligatio commodati. Commodare est rem alicui gratis certo modo utendum dare. Est rem utendam dare: proinde non tantùm res mobilis, sed etiam soli commodari potest, veluti fundus, ædes: nam & habitationem commodari posse placuit, *l. 1. §. 1. commod. 17. in. pr. de præscr. verb.* Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur, sed usus tantùm accipienti ad tempus conceditur salva rei substantia & non tantùm proprietatem rei commodaræ, sed etiam possessionem retinemus, *l. 8. ff. h. t.* Ex quo intelligimus, id quod usu consumitur, commodari non posse, nisi forte dicis causa ad pompam vel ostentationem, *l. 3. §. ult. l. 4. commod.* Quamquam auctores aliquando etiam in istiusmodi rebus hoc verbum usurpant, pro mutuo dare scilicet. Cicero *Verrin. 5. commodasti tritici modos sexaginta.* Ut & mutuari pro commodato accipere, D. Salmas. *cap. 7. de usur.* Deinde etiam hoc, commodatarium eam ipsam rem, quam accepit, finito usu restituere debere. Adjecimus *gratis*, quia nisi gratuito res utenda concedatur, commodatum non est, sed aliud genus contractus, *hoc text. in fin.* Denique consulto addimus, *certo modo*, ut hac nota commodatum (quod quidam etiam sic dictum putant, quasi cum modo datum) discerneremus à precario, quo quidem & ipso res utenda datur & gratis, sed simpliciter, & ad certum usum, cujus rei hic effectus est, ut precarium statim cùm videtur, revocare liceat, etiam tunc cùm ad certum tempus datum est; commodatum non liceat, nisi finito tempore utendi præscripto, *l. 1. l. 2. l. 12. de precar.* junct. *l. in commodato. 17. §. 3. commod.* Et quia precarium numquam transit in necessitatem obligationis, inde est, quod nec ulla jure civili eo nomine actio est, sed interdictum de precario introductum, *l. 14. de precar. l. 14. §. 11. de furt.* quod tamen cessat, cùm quis de re sibi restituenda cautum habet, *l. 15. §. 3. de precar.* & tunc aget precario dans vel ex stipulatu, si stipulatione sibi caverit; vel præscriptis verbis, si pacto, *l. 2. §. 2. l. 19. §. ult. eod.* ubi vocatur condictio incerti, quia condicitur possessio rei precario rogatæ. vid. *l. 15. §. 1. l. exceptionem. 40. §. 1. de condict. indeb.* Planè ipse commodatarius quovis tempore rem reddere potest: quippe cui licet non uti, & beneficio renunciare.

Re obligatur) Commodare non est convenire

re de re utenda danda, quod nudum pactum est, sed utendum dare & tradere; unde satis intelligitur, si qua hìc contrahitur obligatio, eam non solo consensu contrahi, sed re, *l. 1. §. 3. de obl. & act.*

Commodati actione) Directa scilicet. Potest enim ex hoc contractu etiam commodatario actio quæri adversus commodantem, quæ contraria dicitur, sicut in deposito quoque & pignore usu venit, item in mandato, negotiis gestis, tutela; de quibus infra suis locis. Nimirum, quod hìc notandum est, contractuum quidam sunt *μονόπλευροι*, qui ex uno tantùm latere obligant: quidam *δίπλευροι*, qui ultro citroque; quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec semper unus, nec semper uterque obligatur, quamvis & hi inter *διπλεύρους* numerentur: *sup. tit. de auct. tut. in princip.* Primi generis sunt mutuum & stipulatio, quorum ea natura est, ut & ab initio ex uno tantùm latere obligent, eum scilicet, qui accepit aut promisit, nec ex postfacto conditionem mutent. Secundi generis sunt emptio, locatio, societas; ex quibus statim natura nascitur obligatio. Estque in his par utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio. Intermedii generis sunt commodatum, depositum, pignus: qui contractus natura comparati sunt ad unum dumtaxat obligandum, eum qui accepit videlicet; ut liquet ex fine principali contrahentium: neque ab initio dantem itidem obligant; sed fit tamen in his sæpe ex postfacto & accidenti, ut contra ille quoque qui dedit accipienti obligetur, veluti si accipiens in rem acceptam necessarias impensas fecerit, aut per causam rei damnum passus sit, quas impensas refundi damnumque ei sarciri æquum est, *l. in commodato 17. §. 3. in rebus 18. §. 2. l. pen. commod. l. si servus 31. de pign. act. l. 5. depos.* Atque hinc actiones, quibus commodatarius, depositarius, creditor pigneratitius tenentur, ut scilicet rem quam acceperunt restituant, nomen *directarum* acceperunt: quæ verò ex contrario ipsis accommodantur, de indemnitate eorum adversus commodantem, deponentem, debitorem, *contrariæ* dictæ sunt. Unde *tit. commodati vel contra, depositi vel contra,* &c. Idem quoque usu venit in mandato, & quasi contractibus mandato similibus, negotiorum voluntaria administratione, & tutela, *l. 5. pr. & §. 1. de obl. & act.* conrrariæ actiones præter pecuniariam condemnationem ejus, quod agenti abest, nihil habent: quoniam in his de perfidia non agitur, sed tantùm de indemnitate actoris; unde nec in litem in his juratur, nec damnatus ex ulla causa fit infamis, *l. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui notant. infam. §. pen. infr. de pœn. temere litigant.* VINN. Singulare quid observatur in actione mandati contraria, ex qua damnatus mandans fit infamis eo casu, si quis mandante illo fidejussit, & ille tamen indemnitatem præstare renuit, *l. 6. §. 5. ff. de his qui not. infamia.* HEIN.

Ab eo qui mutuum accepit) Notantur ex Cajo *l. 1. §. 5. de obl. & act.* duæ differentiæ inter mutuum & commodatum. Quarum prima est, quod is qui mutuum dat, rem facit accipientis; is verò qui dat commodato, proprietatem rei retineat, *l. 8. & seq. commod.* cui proinde eadem res in specie seu eadem eodem numero finito usu restituenda sit. Altera, quod is qui mutuum accepit, fortuita amissione ejus, quod accepit, non liberetur; cujus rei ratio sub *princ. hujus tit.* indicata est; commodatarius verò liberetur, si res sine facto ejus perierit, exemplo cæterorum debitorum, qui speciem aliquam debent, *l. 5. de reb. cred. l. si ex legati 23. de verb. obl.*

Sanè quidem exactam diligentiam) Si res alienæ vel aliis debitæ peremptæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint, quæritur, non in commodato tantùm, sed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæstio diffusa & perquam difficilis, cujus sedes in π˜. est *l. contractus 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. commod.* In Institutis hoc potissimum loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in proposito statuendum esse, si dolo malo, aliud si culpa debitoris, aliud si casu fortuito quid eorum, quæ diximus, contigerit. De dolo, & casu facilis præceptio est, culpæ difficilior explicatio. Dolus est occulta machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita, *l. 1. §. 1. de dol. mal.* Eum omnes contractus recipiunt, sive, quod idem valet, in omni contractu dolus præstatur, *d. l. 5. §. commod. d. l. 23. de reg. jur.* Cujus definitionis hæc sententia est. Quicquid quovis in contractu dolo malo factum est à debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum esse debitoris, perindeque eum teneri, ac si nihil eorum accidisset. Adeo autem in omni judicio dolus præstatur, ut nec conventione contrarium effici possit, videlicet ne dolus præstetur, cùm talis conventio sit contra bonos mores, invitetque ad delinquendum, *d. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. illud 7. depos. l. si unus 27. §. 3. & 4. de pact.* Planè de præterito dolo pacisci licet, & actionem quæsitam remittere,

l. 7. §. *si paciscar* 14. *d. l.* 27. §. 4. *de pact.* Casus fortuiti contraria definitio est: nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præstatur, ita contra casus fortuiti nullo judicio & à nemine præstari dicuntur, *d. l.* 23. *de reg. jur. in fin. l.* 6. *C. de pign. act.* ubi verba illa, *in nullo bonæ fidei judicio*, adjecta non sunt ad excludenda judicia stricti juris, per *l.* 23. *de verb. obl. l.* 5. *de reb. cred.* sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum. Nam si hic non præstatur casus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus sit stricti juris, ut bene Don. *ad d. l.* 6. *num.* 21. Casum fortuitum definimus omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui præviso non potest resisti, *l. in rebus* 17. *commod. l. ex conducto* 15. §. 2. *locat. d. l.* 6. *C. de pignor. act.* Alio generali nomine casus & vis major dicitur, *l.* 13. *in fin. de pign. act. l. si merces* 25. §. *vis major.* 6. *locat. l.* 1. §. 5. *de obl.* & *act.* item factum & damnum fatale, *l.* 16. *de rei vind. l.* 5. §. 4. *commod. l.* 3. §. 1. *naut. caup. stab. l.* 2. *in fin. de peric.* & *commod. rei vend. cum simil.* Qui verò periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *l.* 4. *l.* 11. *de reb. cred. l.* 17. §. 1. 2. *pen. de præscr. verb. l.* 12. & 2. *seqq. de peric.* & *comm. l.* 1. *C. commod. l.* 9. *C. de pign. act.* sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstare & maximè levissimam nos oportet, non etiam casum improvisum, *l.* 13. §. 1. *de lib. ca. l. qui mercedem* 40. *locat. l. non ob eam* 25. *pro soc. l.* 14. §. *qualis* 16. *de furt. l.* 1. §. *sæpe* 35. *depos. l.* 3. *pr. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt, *periculum custodiæ subire*, *periculo culpæ vel negligentiæ subjici*, *adstringi*, *illigari*, *l. un.* §. 4. *furt. adv. naut. l. tutores* 39. §. *tutores* 12. & *l. seq. de adm. tut. d. l.* 1. §. *sæpe* 35. *depos.* Sed & appellatione casus interdum negligentia significatur. Cajus scribens ad legem duodecim tabb. *Casu*, inquit, id est negligentia, *l.* 9. *de incend. ruin. naufr.* quæ interpretatio confirmatur *l. capitalium* 28. §. *incendiarii* 12. *vers. nam fortuita, de pœn.* & ita cape *l.* 5. §. 2. *l.* 11. §. 2. *eod.* Casus fortuiti varii sunt, veluti à vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æstus, frigoris; & similium calamitatum, quæ cœlitus immittuntur. Nostri vim divinam dixerunt, Græci θεοῦ βίαν, *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *locat.* item naufragia, aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum chasmata, incursus hostium, prædonum impetus, &c. fugæ servorum, qui custodiri non solent. Quæ species passim occurrunt, *d. l.* 23. *de reg. jur. d. l.* 5. §. 4. *l.* 18. *commod. l.* 15. §. 2. *locat. d. l.* 3. §. 1. *naut. caup. stab.* His adde damna omnia à privatis illata, quæ quominus inferrentur, nulla cura caveri potuit, *l. ad eos* 19. *commod. l. si ea* 31. *de act. empt. l. sed de damno* 41. *locat.* Ad casus autem fortuitos non sunt referendi illi casus, qui cum culpa conjuncti esse solent: cujusmodi sunt furta, *l. cum duobus* 52. §. 3. *pro soc. l.* 14. §. 1. *de peric.* & *comm.* item incendia intrinsecus orta, *l.* 3. §. 1. *de off. præf. vig. l.* 11. *de peric.* & *comm. rei vend.* Quamobrem qui rem furto amissam, vel incendio, verbi causa servorum negligentia orto, consumptam dicit, is diligentiam suam probare debet. Quod verò incendium in alienis ædibus obortum occupat ædes vicinas, aut quod fulmine excitatur, aut à grassatoribus vel incendiariis immittitur, id inter casus fortuitos numerari debet. Vid. Gail. 2. *obs.* 21. Sande *lib.* 3. *tit.* 6. *num.* 9. Fachin. 1. *cont.* 87. Don. *ad l.* 6. *C. de pignor. act. num.* 6. & 3. *seqq.* Sichard. *ibid. num.* 4. Moller. 4. *semestr.* 31. D. Tuld. *in comm. ad tit. de leg. Aquil. cap.* 8.

5

Porro regula de casibus fortuitis non præstandis proposita, certa, & perpetua est; ubi nihil amplius debitori objicitur, quàm casus fortuitus: cessat autem, si aut mora casum præcesserit, aut debitor rei periculum in se ultro susceperit. Etenim moræ intervenientis hic effectus est, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc habet sententiam: si res debita post moram à debitore factam perierit, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret, *l.* 23. *de verb. oblig. l. nemo* 82. §. 1. *l. si servum* 91. §. 3. *eod.* add. Christin. *volum.* 2. *dec.* 117. Conventio quoque in negotio gerendo interposita de casu præstando facit, ut debitorem damna fatalia sequantur, *l.* 1. §. *sæpe* 35. *depos. l.* 23. *de reg. jur. l.* 1. *C. depos.* Medium inter duo illa extrema, dolum & casum fortuitum, culpa est. Hæc neque unius est generis, neque quævis à quovis debitore præstatur. Proinde quæstio de præstatione culpæ huc redit, primum ut norimus, quid sit culpa, & quotuplex; tum quæ culpæ species quibus in contractibus præstentur.

6

Culpam definio omne factum inconsultum, quo nocetur alteri injuria. Facti nomine etiam quod omissum neglectumve est, intelligimus: nam & non facere, quod facere oportet, culpa est, *l. si servum* 91. *pr. de verb. oblig.* sicut è contrario & negligentiæ adscri-

7

cri-

cribitur, quod temerè, & inconsultè quis agit. Dicimus *factum inconsultum*, ut culpam secernamus tum à dolo, tum à casu fortuito. A dolo, quia dolus non est sine consilio & proposito nocendi, culpa est ἀπροαίρετος. A casu fortuito, quia quod consideratè & per negligentiam fit, humanitus vitari & prudenti ac diligenti consilio caveri potest: unde culpa alio nomine negligentia dicitur, *§. seq. hoc tit. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act. l. socius socio 72. pro soc. l. cedere diem 213. §. ultim. de verb. sign.* Græcis ἀμελεία. Damna autem fatalia nec consilio se regi patiuntur, nec humana prudentia averti possunt. Addimus *injuria*: nam quod jure permittente fit, non magis delictum est, quàm id factum, quod alii non nocet, *l. Gracchus 4. C. ad leg. Jul. de adult.* Species culpæ quot sint, & quid singulæ, in libris juris, quos habemus, ex professo traditum aut explicatum non est; meminerunt tamen prudentes culpæ latæ, item levis, & levissimæ. Quamobrem tres hasce culpæ species, aut si mavis gradus, faciemus iisdem appellationibus inter se distinctas, latam, levem, levissimam: nam & ex adverso tot sunt species seu gradus diligentiæ. Est enim diligentia quædam minima seu infima; est media, μέση ἐπιμέλεια: est & maxima, quam Græci μεγάλην, item ἄκραν, & ἀκριβεστάτην appellant. vid. Scholiast. Harmenop. *lib. 6. tit. 2.* Latam

8 culpam è regione opponimus infimo gradui diligentiæ, ut sit omissio ejus diligentiæ, quam omnes homines suis rebus adhibere solent: aut id factum in re aliena, quod nemo admitteret in re propria. Itaque in lata culpa est, qui non prospicit, curat, cavet, quod omnes, qui modo sensu communi præditi sunt, provident, & intelligunt, se cavere aut curare debere, *dict. l. cedere diem 213. §. ultim. l. latæ 223. de verbor. sign. l. quod Nerva 32. depos. l. penultim. §. 2. de jure & fact. ignor.* veluti si quis noctu ædium ostia aut fenestras, per quas de plano intrari potest, apertas reliquerit; aut si quis rem fidei suæ commissam in loco publico aut eo, quo quivis accedere potest, incustoditam jacere patiatur, credens neminem venturum qui auferat. Hac eadem culpa peccat, si quis rem, quam vendere debebat, corrumpi passus sit, *l. mulier 22. §. 3. ad sen. Trebell.* item putator arboris, qui non proclamans ramum in viam publicam dejicit, eoque ictu prætereuntem interficit, *l. 7. ad leg. Corn. de sicar.* Alia exempla hujus culpæ habes in *l. 8. §. ultim. & l. 29. §. 3. mand.* In summa, quicumque non facit in re aliena, quod vel minimum diligens homo in sua faceret, hujus culpæ reus est. Dicitur & culpa latior, *d. l. 32. depos.* gravior, *l. homo liber 54. §. 2. de acquirend. rer. dom.* Item lata, magna, crassa, supina, dissoluta negligentia, *l. magna 226. de verbor. sign. l. 7. §. 2. de adm. tut. l. 7. §. 1. de susp. tut. l. 29. princ. mand. l. cum sex. 55. de ædil. edict. l. 6. de jur. & fact. ignor.* & passim per periphrasim culpa dolo proxima, *l. 4. de mag. conv. l. cum res 47. §. pen. de legat. 1. l. 8. §. 3. de precar. l. 22. §. 3. cum similibus.* Levem culpam opponimus di-

9 ligentiæ mediæ, ut intelligatur esse omissio ejus diligentiæ, quam hominum natura desiderat, id est, mediocris, & quam vulgo homines frugi suis rebus adhibere soliti sunt, *argum. d. l. 32. depos.* aut id admissum in re aliena, quod diligens Paterfam. non committeret in re sua. Et ideo in jure nostro non exigitur ad consuetudinem hominis diligentissimi, sed ad eum modum, quo quis curat res proprias, *hoc text. l. 1. §. 4. de oblig. & action. l. heredes 25. §. non tantum 16. famil. ercisc. l. 1. de tut. & rat. distr. l. 17. de jur. dot. l. socius socio 72. pro soc. l. 21. §. 3. ad Trebell.* modo ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur: nam in abstracto hoc magis consideratur, quàm in concreto, relatione habita ad diligentiam talem, qualem communiter bonus & diligens paterfam. suis rebus præstare consuevit, non qualem unus è multis, sed qualem magna pars patrumfam. *l. quod sæpe 35. §. si res 4. de contr. empt. l. 14. de pignor. action. l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Itaque levi culpa peccat, si quis verbi gratia, non clauserit fenestras altiores, quàm ut de plano intrari possint, & fures admotis scalis ingressi fuerint: aut si incendium domesticorum negligentia exortum sit, quod adhibita consueta boni patrisfamilias diligentia præcaveri potuisset. *l. 11. de peric. & commod.* Levi culpæ & imperitia fere annumeratur, *l. imperitia 132. de reg. jur. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil. l. 9. §. pen. locat.* Puto autem, imperitiam in artifice, seu qui peritiam alicujus rei profitetur, pro levi culpa habendam, *l. 9. §. 5. l. 13. §. 5. locat. l. 12. de furt.* in aliis pro levissima. Denique huic culpæ obnoxius est, quicumque non providet, quodcumque à diligente provideri potuit, *l. si putator 31. ad leg. Aquil.* Hæc species fere in usu juris sola significatur, quoties verbum culpæ absolutè ponitur, aut dolo opponitur, ut innumeris locis videre est, *l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. de negot. gest. l. heredes 25. §. non tantùm 16. fam. erc. l. 5. §. 3. de in lit. jur. l. 1. §. sæpe 35. depos. l. socius socio 72. pro soc. l. in rebus 17. de jur. dot.*

l. 5. l. 8. C. de pign. action. cum similib. Levissimam culpam opponimus diligentiæ summæ, ut sit omissio ejus diligentiæ, quam vigilantissimus quisque atque attentissimus paterfam. suis rebus adhibet, *l. in rebus 17. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act. l. 3. de peric. & comm. rei vend. §. 1. inf. de obl. quæ quas. ex contr.* aut id commissum in re aliena, quod diligentissimus paterfam. omitteret. Quare hanc culpam qui præstat, non excusabitur, si eam rebus alienis diligentiam præstiterit, quam aut ipse aut plerique suis rebus adhibere solent, modo quis alius diligentior, majori cura adhibita damnum, quod illatum est, vitare potuerit; nam ad exactissimam diligentiam hæc culpa dirigitur, *hoc text. d. §. 1. in fin. inf. de obl. quæ ex cont. d. l. 1. §. 4. de obl. & act. d. l. 18. comm. d. l. 72. pro soc. §. ult. infr. de societ.* Exempli gratia, non carebit culpa levissima si quis fenestras versus publicum remotiores à locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris aut ferreis perticis. Levissimæ culpæ mentio fit *l. in lege 44. ad leg. Aquil.* passim per oppositum indicatur verbo diligentiæ aut custodiæ, quo summa & exactissima significatur, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. cum res 47. §. pen. de legat. 1.* Etsi verò non omnis culpa ejusdem gradus secundum hanc distinctionem æqualis est, nam qualitas facti & circumstantiæ semper augent aut minuunt culpam, ita ut in hominum actibus, certis terminis circumscribi nequeat; tamen ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis sufficere trium graduum distinctio, ut bene ostendit Decian. *lib. 1. tract. crim. cap. 6.* & Pet. Fab. *ad l. contractus 23. de reg. jur.* prudenterque notat D. Tuldenus, *comment. ad hunc tit. cap. 8.* cùm varia hæc sint atque incerta, nimisque vaga, quàm ut singula scientiæ & perpetuis regulis subjici possint, magisque ad prudentiam referantur & arbitrium judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religionem judicis sufficienter instrui posse, iisdemque arbitrium illius dirigendum. Restat nunc ut videamus, qui contractus quam culpam recipiant. Lata culpa dolo comparatur, perindeque ut dolum in omni contractu hanc culpam præstari placet: non quod revera & facti genere dolus est; contrarium enim ostendit ejus definitio, & loci, in quibus à dolo apertè distinguitur, *l. 22. §. 3. ad Trebell. l. 7. ad leg. Corn. de fic. l. tutori 20. C. de neg. gest. l. 7. C. arb. tut.* sed quia prope fraudem ac dolum accedit, *l. si fidejussor 29. mand. l. 7. §. 1. de susp. tut.* & doli ac malitiæ quasi consanguinea est: unde etiam passim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus, latam seu magnam culpam dolum esse, *l. quod Nerva 31. depos. l. 226. de verb. sign.* dolum accipi debere etiam latam culpam, *l. 5. §. dolum 15. ut in poss. leg.* magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere, *l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* id ad communem juris effectum referendum est: quoniam lata culpa interpretatione juris dolum repræsentat, jure effectum doli patitur. Et quod Celsus scribit, eum, qui lata culpa peccat; fraude non carere, in eo respicit ad violentam præsumptionem, quæ jure pro explorata habetur. Explodenda enim est distinctio Zasii inter latam culpam ignaviæ & versutiæ, quamvis ea probet Mynſ. *in §. suspectus 6. sup. de susp. tut.* nam versutiæ culpa quid aliud est revera, quàm dolus, quàm malitia? quid latinis *versutus* aliud quam homo callidus, qui sese alterius decipiendi gratia in omnes species vertit? Ex hac porro interpretatione est, quod quotiescumque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiam in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolus notetur particulis taxativis, *solum dumtaxat* &c. *l. 3. §. 1. naut. caup. stab. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 2. §. ult. depos. l. 2. §. 1. si mens. fals. mod. l. 8. §. 3. de prec. l. servus 108. §. cum quidam 12. de legat. 1. §. seq. hoc tit.* cum similibus. Atque hoc etiam procedit in causis famosis, & nonnumquam etiam cùm ex causa delicti civiliter agitur ad pœnam, *l. 11. §. ult. de his qui notantur infam. l. 7. §. 1. de susp. tut. l. 1. §. 2. si is qui test. lib. l. pen. de incend. ruin. nauf.* quibus locis refutantur, qui simpliciter negant, in causis famosis & delictis latam culpam dolo comparari, per *l. 3. cum 2. seqq. de serv. corrupt. l. in furti 50. §. ult. de furt.* add. quæ nos sub *§. suspectus 6. de susp. tut. lib. 1. tit. ult.* Planè in causis criminalibus, & præsertim capitalibus, hæc comparatio sive doli & culpæ exæquatio locum non habet: sed in his placet, dolum solum pro facto accipi, latam culpam pro dolo non haberi, ac proinde nec eodem modo coerceri, *l. 7. ad leg. Corn. de sicar.* nisi forte res sit mali exempli. Quo casu punitur & qui nocendi animum non habuit, *l. 3. §. 2. d. tit. l. si quis 38. §. qui abortionis 5. de pœn.* Dolus, ut hoc obiter hic moneam, in criminibus significat malum propositum, quo proposito deficiente, plerumque nec delictum est; veraque malitia in his requiritur; ut verba quoque propriè ac naturaliter accipienda sint, non fictè aut civiliter levis & levissimæ culpæ alia ratio est. Harum neutra in omnibus contractibus præsta-

tatur, sed in quibusdam dumtaxat aut utraque, aut altera tantum. Sunt enim quidam contractus, qui dolum, quo nomine nunc 12 porro etiam latam culpam intelligi volumus, tantùm recipiunt: sunt, qui præter dolum etiam culpam levem, quam deinceps usum juris sequentes culpam simpliciter appellabimus: sunt denique, in quibus præter dolum & levem culpam præstatur etiam culpa levissima; quod more veteribus usitato contrariæ rei præstatione nimirum diligentiæ, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & distinctio jure communi comprobata est, ut si quidem tale sit negotium, in quo ejus, qui quid suscepit, nulla versatur utilitas, aut in quo debitor officii est debitor, quale est depositum, tum dolus solus præstetur. Ubi verò utriusque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, societate, rerum communione, ibi præter dolum præstetur & culpa. Quod verò utilitatem ejus dumtaxat qui accipit, non etiam ejus, qui dedit, continet, quale plerumque est commodatum, in eo & culpa præstetur & diligentia, *l. 5. §. 2. l. 10. l. in rebus 18. commod. l. in navem 31. circa fin. locat.* Quæ regula servata eadem distinctione accommodanda quoque est contractibus innominatis; *dict. l. 10. §. 1. commod. l. 17. §. 1. & de præscr. verbor.* item legatis ac fideicommissis, quatenus natura eorum id patitur, *d. l. servus 108. §. cum quid. 12. de legat. 1.* junct. *l. cum res 47. §. pen. eodem, l. mulier 22. §. 3. ad Trebell.* Quod verò ejus qui precario rogavit, item agrimensoris dolus tantum coercetur, id specialem rationem habet, *l. 8. §. 3. de precar. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod.* ut & illud, quod placet, nautas, caupones stabularios in eo, quod receperunt, plusquam culpam præstare, *l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* Cæterum prædicta distinctio ita obtinet, si nihil aliud nominatim convenerit, alioqui lex contractus servanda est, excepto si placuerit, ne dolus præstetur, *l. 23. de reg. jur.* Finge enim convenisse, ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantùm; nec minus, nec plus, quàm quod placitum est, præstabitur, *l. 1. §. si convenit 6. depos. l. 1. C. eod. l. 5. §. interdum 10. commod.* Possunt verò & sine conventione justæ causæ intervenire, ob quas placeat etiam officii debitorem culpam præstare. Veluti si officium sit publici muneris, ut tutela & cura, *l. 1. de tut. & rat. distr. l. 7. C. arb. tut.* aut si quis se negotio obtulit, veluti si depositarius, cùm Dominus rem secum ferre aut apud alium relinquere constituisset, eum ultro hortatus sit, ut apud se potius deponeret; quo casu non solùm culpa, sed etiam custodia & diligentia in deposito præstanda, *l. 1. §. sæpe 35. depos.* Eodem numero & negotiorum gestor voluntarius & mandatarius quoque haberi potest, *l. 11. de neg. gest. §. 1. in fin. inst. de obl. quæ quasi ex contr. l. 23. de reg. jur. l. 13. l. in re 21. C. mand.* Hæc suis locis in progressu singulis in contractibus diligentius confirmabimus. Illud hîc obiter notandum, non eodem sensu dici præstare diligentiam, & præstare dolum, culpam, casum fortuitum. Cùm enim diligentiam præstandam esse dicimus, eo significamus, diligentiam esse adhibendam: cùm dolum, culpam, casum fortuitum, non adhibenda hæc, sed removenda esse, & debitorem propter hæc teneri. Figuratæ enim hæ locutiones sunt præstare dolum, præstare culpam, præstare casum aut fatum, pro præstare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

Exactam diligentiam) Quoniam commodatum solam utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, consequens est distinctioni *d. l. 5. §. 2. commod.* quod & eodem loco expressum est, à commodatario & culpam præstari & diligentiam, id est, in commodato venire culpam non modo levem, sed etiam levissimam: siquidem, ut supra demonstravimus, diligentiæ verbo culpæ proposito in usu juris plerumque exactissima significatur. Cajus *l. in rebus 18. eod. in rebus commodatis*, inquit, *talis diligentia præstanda est, qualem diligentissimus quisque paterfamil. rebus suis adhibet*: Idem alibi ait, *eum qui utendum accepit, exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compelli, l. 1. §. 4. de obl. & act.* Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem planè sensu, ut apparet ex eo, quod mox subjicit, non sufficere tantam diligentiam adhibere commodatarium rebus commodatis, quantam suis rebus adhibet, modo res ab alio diligentius custodiri potuerit. Sic Constantinus in *l. 21. C. mand.* exactum officium dixit, pro exactissimo. Ulpianus diligentem custodiam pro diligentissima, *d. l. 5. §. custodiam 5. commod.* Paulus diligentem patremfam. pro diligentissimo, *l. hæres 25. §. non tantum 16. fam. erc.* Quemadmodum vice versa superlativus nonnunquam pro positivo ponitur; quod æstimandum ex natura contractus. Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quod si proponas, aliquem sua dumtaxat gratia, quod interdum fit, commodasse sponsæ forte vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, dolus solus præstabitur, ut in deposito, *d. l. 5. §. in-*

§. *interdum* 10. *commod.* Quod si sua & commodatarii gratia, quod item fieri potest, culpa æstimatur, ut in pignore, dote, &c. *d. l. in rebus* 18. *in fin. pr. eod.*

14 *Si modo alius diligentior*) Hinc tria elicimus, 1. & si commodatarius ad communem modum diligens in rebus suis eadem diligentia tractaverit res alienas; tamen hoc non sufficere ad eum excusandum, cùm alius diligentior rem custodire potuisset. 2. Si commodatarius ipse sit summè diligens: nihil amplius ab eo exigi quàm ut eamdem diligentiam, quam suis rebus præstat, etiam adhibeat commodatis. Quippe cùm major ab alio expectari non possit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non sit, sed natura in suis rebus ignavior, licet aliquando diligentius versetur in rebus commodatis, quàm in suis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati, si alius diligentius curando rem servare potuit.

Majoresve casus non tenetur) Casus fortuiti nullo in contractu præstantur, *l. contractus* 23. *de reg. jur. l.* 23. *de verb. oblig.* nec si solius debitoris utilitatem contineat; quale est commodatum, *l.* 5. §. 4. *l. in rebus* 18. *commod. l.* 1. §. 4. *de obl. & act.* De commodato tamen ob prædictam causam dubitari potuit; & videtur ad removendum istam dubitationem pertinere, quod præscriptum est *l.* 6. *C. de pign. act.* casus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præstari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hìc excipi.

15 *Si non ipsius culpa*) Culpa abesse intelligitur, si re commodata usus sit juxta præscriptum in utendo modum. Itaque si alicui in hoc res commodata sit, ut eam peregre secum ferret, isque incursu hostium aut latronum vel naufragio rem amiserit, non tenebitur. At si cui, exempli gratia, quasi amicos ad cœnam invitaturo argentum commodavero, is si id peregre secum portaverit, casum naufragii, impetum hostium, latronum, piratarum, præstare debebit, *d. l.* 18. *commod. d. l.* 1. §. 4. *de obl. & act.* Si res commodata usu deterior facta sit, ita commodatarius non tenetur, si ea usus sit in eam rem, in qua utendam accepit, nec ulla culpa intervenerit, veluti si equus usque ad certum locum utendus datus in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarii, *l.* 10. *l. ult. commod.*

16 *Si nulla mercede*) Commodatum nisi gratuito non contrahitur. Commodare enim officii est & liberalitatis, *l. in commodato* 17. §. 3. *d. tit.* ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ, *l.* 1. §. *ult. mand.* Cùm igitur merces pro usu rei datur, aut constituitur, non commodatum, sed locatio est: aut si non statim merces constituatur, nec tamen gratis res utenda detur, sed eo animo, ut tantum mercedis nomine præstetur quantum postea definiri placuerit, contractus innominati genus est, §. 2. *inf. locat. l. si polienda* 22. *de præscr. verb.*

TEXTUS.

De deposito.

3. *Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi; quia & ipse de ea re, quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commisserit: culpæ autèm nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati id imputare debet.*

NOTÆ.

3. *Actione depositi*) Directa; nam contrarium judicium depositario datur ad consequendam indemnitatem, *d. l.* 5. *pr.*

Culpæ, &c. ac negligentiæ non tenetur) Extra quam si convenerit, ut culpa quoque præstetur, aut ultro se deposito obtulerit, *l.* 1. §. 6. & 35. *depos.* quoties autem culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit, levis culpa significatur, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 1. §. 5. *de obl. & act. l.* 72. *pro soc. cum simil.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit depositum, & an etiam consistat in re immobili?*

2 *An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere, ita & depositarius eam pro arbitrio restituere possit?*

3 *An quid depositarius teneatur?*

Tertia species obligationis, quæ re contrahitur, est ex deposito. Deponere est, rem alicui, qui gratis hanc operam suscipiat, custodiendam dare, *l.* 1. *depos.* In eodem significatu utimur & verbo commendare, *l. Lucius* 24. *eod. l. commendare* 186. *de verb. sign.* Rem hìc intelligimus, sive ea certa species sit, sive quantitas, puta pecunia numerata, *d. l. Lucius* 24. & *seq.* §. 1. *eod.* In quo depositum differt à commodato, *l.* 3. §. *ult. commod.* An verò quemadmodum commodatum etiam rerum immobilium est, *l.* 3. §. *ult. dict. tit.* ita 1

&

& depositum in his consistere posit, quæritur. DD. comm. id negant, argumento sumpto ab etymologia nominis, quod à ponendo dictum *dict. l.* 1. *depos.* tum quod nullum depositi rei immobilis exemplum in jure nostro extet: postremo quod cura rei immobilis in speciem mandati transeat, *argum. l.* 5. §. *sed si* 4. *de præscr. verb.* Intelligunt autem depositum non in genere, sed in specie dictum: nam in sequestrationem quæ depositi quoque in genere sumpti species est, *l.* 5. *& seq. l. licet* 17. *depos.* quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, *l.* 7. §. *ult. qui satisd. argum. l. un. C. de prob. seq. pec. cap.* 1. *de sequestr. Clement. un. eod.* quod ipsum tamen superiora argumenta elevare videtur. Nam si res immobilis, de qua controversia est, rectè deponi dicitur, cùm ea à litigatoribus aut judice sequestro collocatur, atque ex ea depositione ei, qui vicerit, actio depositi sequestraria competit, cur non similiter res immobilis non litigiosa deponi dicatur, cùm ea à domino alicui custodienda traditur, ut hic quoque in eum, qui id recipit, actio depositi detur, utut fortassis ea res depositi communis modum excedat, legemque mandati annexam habeat? *argum. d. l.* 5. §.4. *de præscript. verb. l. Lucius* 24. *depos.* Addidi, *qui gratis hanc operam suscipiat.* Nam ut commodatum, ita quoque & depositum gratuitum esse debet: illic dans officium præstat, hic accipiens. Si merces promissa sit, depositum esse definit, & aut locatio est, aut incerti contractus genus, *l.* 1. §. *si vestimenta* 8. *&* §. *seq. depos.* VINN. Immo videtur rei immobilis commendatio modo mandatum, modo depositum esse, aliquando utramque simul. Præcipua hic inspectio est, utrum mandato commendatio custodiæ, an custodiæ commendationi mandatum de suscipienda administratione accesserit. Hujusmodi enim contractus qui mixtam causam habent ex principali, à quo incipiunt, judicantur, *l.* 1. §.13. *ff. depos. vel contra.* Conf. V. C. A. A. Pagenstech. *Sicilim. part.* 11. §. 92. *p.* 182. HEIN.

Re obligatur) *L.* 1. §. *is quoque* 5. *de obl. & act.* Sola quippe conventio depositum non facit, sed rem poni apud alium oportet, eaque tradita initium obligationis præbet.

Teneturque actione depositi) Actione nimirum depositi directa. Nam contrarium judicium depositario datur ad consequendum, quod sibi per causam, & occasionem rei acceptæ abest, *l.* 5. *depos.* Potest verò is, qui deposuit, quovis tempore rem depositam repetere, & repetenti etiam ante tempus constitutum reddenda est, *l.* 1. §. *propen. & penult. eod.* At ex contrario depositarius ante tempus statutum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi justissima causa intervenerit, *l.* 5. §. 2. *eod.* ut bene Castr. in *dict. l.* 1. §. *propen. & penult.* & Costal. *ibid.* Vitiosa enim est quorumdam in hac re deponentis & depositarii comparatio. Etenim cùm totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est; quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat. At non fine incommodo deponentis futurum est, si depositario permittamus officium, quod semel suscepit, contra legem contractus deponere. Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, sed pro arbitrio dantis repeti non potest, *l. in commodato* 17. §. 3. *commod.*

2

De ea re restituenda) In specie; qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed apertè hoc agit, ut res sibi custodiatur, restituaturque reposcenti. Quare etiam si nummi deponantur, eadem corpora restitui oportet: nisi forte nominatim convenerit, ut depositarius, si opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantumdem: quæ res notos depositi terminos egreditur, *l. Lucius* 24. *cum ll. seqq. l. si sacculum* 29. §. 1. *depos.*

Si quid dolo) In deposito nullum commodum est depositarii: quin onus potius est, rem alienam gratis custodire: ac proinde secundum regulam de eo solo tenetur, si quid dolo ejus petierit, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 1. §. *ult. l. fine* 20. *depos. l.* 1. §. *is quoque* 5. *de obl. & act. l. contractus* 23. *de reg. jur.* Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit: quia ea pro dolo habetur, ut superius demonstravi. Itaque etsi doli hic tantùm mentio fit, sciendum tamen est, etiam latam culpam in depositi judicium venire, *l. quod Nerva* 32. *depos. l.* 1. §. *is quoque* 5. *de obl. & act. l.* 1. *C. depos.*

3

Culpæ nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ) Quoties culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit, levem culpam sive negligentiam his nominibus significari, §. *præced.* probatum est: quod hic locus confirmat, &, unde desumptus est, *l.* 1. §. 5. *de obl. & act. item l.* 72. *pro soc. &* §. *ult. inf. de societ.* Igitur depositarius culpam aut negligentiam leviorem non præstat, extra quam si in deposito convenerit, ut ea quoque præstetur, *l.* 1. §. *si convenerit* 6. *depos.* aut si ultro se deposito obtulerit, *d. l.* 1. §. *sæpe* 35. *eod.*

Furto amiserit) Furtum plerumque cum culpa

pa patrisfam. rem suam non bene custodientis conjunctum est: ideoque socius & venditor & creditor periculum furti præstant, *l. cum duobus 52. §. 3. pro soc. l. 14. §. 1. de per. & com. rei vend.* nisi doceant, culpam omnem abesse: quod aliquando fieri potest *l. 14. §. idem 6. de furt.*

Suæ facilitati id imputare) Hæc quoque ratio est, cur depositarius negligentiæ nomine non teneatur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet, *d. l. 1. §. 5. de obl. & act.* & se ipsum accusare, qui homini adeo dissoluto & supino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem suam commisit. Scholiastes ad Harmenop. *lib. 6. tit. 2.* Utique ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet, merito exigitur, *l. quod Nerva 32. depos.* Adde omnino quæ nos ad *§. ult. inf. de societ.*

TEXTUS.

De pignore.

4. *Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam, si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.*

NOTÆ.

4. *Exactam diligentiam*) Exactam diligentiam hoc loco positam pro ea, quam vulgo homines frugi suis rebus adhibent, & quæ præstari solet in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, arguit ipsa Justiniani illatio. Translatitium autem est, in ejusmodi negotiis non levissimam culpam, ut in commodato, sed levem dumtaxat præstari, *l. 5. §. 2. l. 18. in fin. pr. commod. l. 31. in fin. locat.*

Fortuito casu) *L. 6. C. de pign. act.* Exclusio autem casus fortuiti non includit semper culpam levissimam: sed sæpè & hæc ipsa simul cum illo, ad quem proximè accedit, excludi intelligitur, *§. 1. inf. de locat. l. 28. C. de locat. l. 4. C. de peric. tut.*

COMMENTARIUS.

1 *Pignoris varia significatio.*
2 *Etiam sola conventione pignus contrahi, sed ut nascatur obligatio pigneratitia, traditionem intervenire oportere.*
3 *Quando actio pigneratitia nascatur; & quid ea differat ab hypothecaria?*
4 *An quid creditor pigneratitius teneatur?*
5 *In actione pigneratitia levem dumtaxat culpam, non etiam levissimam venire, cum accurata remotione contrariorum.*

QUarta & postrema species obligationum, quæ re contrahuntur, ex pignore est. Pignus in jure nostro triplicem fere significationem habet. Nam & rem significat pro debito creditori obligatam, *§. item Serviana 7. inf. de act tit. π. & C. de dist. pign.* & jus creditori in ea constitutum, *tit. qui pot. in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. solv.* & denique contractum, quo jus illud constituitur, *l. 1. §. ult. de pact. l. 5. §. 2. commod.* Contrahitur autem pignus non sola traditione, sed etiam nuda conventione, quamvis traditum non sit, *l. 1. de pign. act.* hoc est, jus in rem creditori quæritur simul ac placuit eam pignori obligatam esse, licet possessionem non acceperit: ejusque juris persequendi causa actionem in rem jure prætorio constitutam habet Servianam aut quasi Servianam, quæ etiam hypothecaria dicitur, *l. pignoris 17. de pign. §. Serviana 7. inf. de act.* Cæterum ut obligatio pigneratitia constituatur, unde debitori actio sit adversus creditorem ad pignus soluto debito repetendum, rem prius tradi necesse est: atque hac consideratione pignus est contractus realis. Hinc intelligere licet, non agi hic de pignore legali, nec de pignore prætorio, aut judiciali, nec de eo, quod testamento constituitur: sed de conventionali dumtaxat; adeoque de pignore propriè dicto, non de hypotheca: nam *pignus* & *hypotheca* sic fere distingui solent, ut pignus dicatur, cùm possessio transit in creditorem, hypotheca, cùm res apud debitorem manet, *l. 9. §. 2. de pign. action.*

Re obligatur) Obligationi pigneratitiæ non constitutio pignoris, sed acceptio causam præbet. Necesse quidem non est, ut res pignori obligetur, eam pignoris causa tradere creditori: potest enim pignus vel nudo consensu constitui, *l. 1. de pign. act.* At verò ut ex pignore obligetur creditor, id non efficitur, nisi re tradita acceptaque, *l. 1. §. creditor. 6. de obl. & act.* Cùm enim hæc obligatio eo pertineat, ut res eadem, quæ pignori obligata est, restituatur, traditam esse prius oportet creditori, quàm restituere possit.

Actione pigneratitia) Directa scilicet; quæ datur debitori adversus creditorem, ut rem pigneratam, cujus possessio apud eum fuit, una

una cum fructibus restituat, *l. debitor* 40. §. *ult. de pign. act. l.* 1. *cum* 2. *seqq. C. eod.* & demum debito omni exsoluto intentari potest, *d. l.* 3 9. §. 3. *eod.* Creditori verò & hic contraria competit adversus debitorem, si forte is pignus recuperavit, aut in conventione creditorem decepit, *l.* 3. *d. l.* 9. *pr. eod.* aut si creditor in rem pigneratam necessarias impensas fecit, *l.* 8. *eod.* Ab actione igitur hac pigneratitia toto genere differt actio, quæ hypothecaria dicitur: quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque possessorem, *d.* §. *Serviana.* 7. *inst. de act. l. pignores.* 17. *de pign.* at pigneratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorem, & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pigneratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti à prætore datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusivè hypothecariam quoque pigneratitiam interdum appellant, *l.* 3. §. 3. *ad exhib. l.* 13. *de cond. ind. l. rem alienam.* 41. *de pign. act.* & aliis locis.

4 *Sufficere si exactam diligentiam*) Supra §. 2. *hujus tit.* hanc Regulam ex Ulpiano *l.* 5. §. 2. *commod.* tradidimus, in contractibus, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, & dolum præstari & culpam. Culpam ex usu auctorum juris interpretati sumus levem dumtaxat, non etiam levissimam. Et verò nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quæ ex utilitate utriusque contrahuntur, eamdem à debitore diligentiam requiramus; quam præstaret, si ejus solius commodum egeretur: sed quemadmodum plus præstat quàm ille, cujus nulla versatur utilitas, ita minus ab eo exigendum quàm verbi causa à commodatario, qui beneficium accepit. Quamobrem etiam Ulpianus hæc tam diligenter distinguit, eosque contractus, qui utriusque utilitatem continent, medios facit inter depositum, quod tantùm dolum, & commodatum, quod etiam culpam levissimam recipit. Ex quo vel uno intelligimus, ubi vertitur utriusque utilitas, esse quidem quod præter dolum, cujus appellatione etiam lata culpa venit præstetur, quod tamen non sit culpa levissima: levis igitur tantùm fit necesse est. Hoc idem planè confirmat Cajus *l. in rebus.* 18. *in fin. pr. commod.* ubi disertè scribit, culpam in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, non æstimari, sicut regulariter æstimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriusque commodum spectant, & pignus est: eoque expressè refertur & ab Ulpiano, *d. l.* 5. §. 2. *commod.* & à Justiniano hoc ipso in loco, addito insuper qua in re utriusque utilitas versetur, nimirum creditoris in eo quod pecunia ei cautior est, debitoris, quod ei creditum, cùm absque eo foret, ut non crederetur. Itaque sciamus, prædictam regulam ad contractum pignoris quoque pertinere, & secundum eam definiendum, quid in actione pigneratitia veniat: venire nimirum & dolum & culpam, *d. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 9. §. *est præterea.* 5. *de reb. auct. jud. poss.* Hoc autem modo cùm nostri simpliciter loquuntur, sub dolo latam culpam comprehendunt, culpæ nomine levem dumtaxat intelligunt, ut superius abunde probatum est. Culpæ igitur in pignore æstimatio facienda non est, ut in commodato, ut etiam culpam levissimam, quæ summæ diligentiæ opponitur, creditor pigneratitius præstare compellatur, sed ut in empto, locato, dote, cæterisque ejusdem naturæ contractibus, ut levem tantùm, *d. l.* 5. §. 2. *d. l. in rebus.* 18. *in fin. pr. commod.* Quod etiam non obscurè hic indicat Justinianus, cùm ex eo, quod pignus utriusque gratia contrahitur; infert, sufficere, si creditor exactam rei custodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc enim illatio arguit, Justinianum pignus considerare ut contractum medium inter commodatum quod solius commodatarii, & depositum, quod solius deponentis utilitatem continet; ac proinde velle, ut etiam in præstationibus medium teneatur, & à creditore exigatur plus quidem, quàm à depositario, minus autem, quàm ab eo, qui utendum accepit, juxta receptam distinctionem, *d. l.* 5. §. 2. *d. l.* 18. *circa fin. pr. commod.* negotium tamen facessit, quod hic scriptum est de exacta diligentia, tum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in *l.* 13. §. *ult. de pign. act. l.* 19. *C. de pign.* Quid quod iisdem locis traditum est, creditorem pignoris præter culpam & custodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in *d. l.* 13. §. *ult. in actione pigneratitia culpam venire, ut in commodato*? Respondeo, ex iis, quæ relata sunt, satis patet, plus præstandum esse in commodato, quàm in pignore: & ideo hoc loco exactam diligentiam contra mentem Imperatoris non esse accipiendam pro exactissima, qualis à commodatario exigitur, quæ pene modum excedit, & qualem diligentissimus aliquis & unus fortè è multis, suis rebus adhibet; sed secundum hujus contractus naturam pro diligentia stata, id est, ea, quam in suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi patresfam. nihil enim amplius à creditore Pau-

Paulus exigit, *l.* 14. *de pign. act.* Quamquam fatendum est incommodè hanc speciem diligentiæ exactam à Justiniano appellari, quod vim superlativi habet: consistit enim in medietate, non excedens modum quem hominum natura, quæ mediocribus contenta est, desiderat. Quod autem tantùm casus fortuiti excluduntur, ex eo non continuo sequitur, summam atque exactissimam diligentiam à creditore præstandam esse, seu eum etiam levissimæ culpæ nomine teneri. Nam levissima culpa, quoniam, quod verbum ipsum indicat, vix culpa est, sæpe non consideratur, & cum casibus fortuitis, ad quos proximè accedit, & ipsa excludi intelligitur, ut in *l.* 5. *C. de pign. act. l. in judicio.* 28. *C. de locat. l.* 4. *C. de peric. tut.* Unde etiam est, quod aliquando duo contractus, quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa levissima præstatur, sic conjungantur, quasi utriusque eædem essent præstationes, ut in *d. l.* 13. §. *ult. de pign. act. l. contractus.* 23. *de reg. jur.* Sed neque diligentia aut custodia culpæ opposita semper significat diligentiam summam aut custodiam plenam, qualem præstat commodatarius, sed interdum mediam, ut culpæ levi in non faciendo ex adverso respondeat, *l. quod sæpe.* 35. §. *si res.* 4. *de cont. empt. l.* 10. §. 1. *commod. d. l.* 28. *C. de locat.* eodemque modo custodia accipienda in *d. l.* 13. §. *ultim. de pign. act. & d. l.* 19. *C. de pignor.* VINN. Immo omnes *legis.* 13. §. *ult. ff. de pign. act.* tenebras discussisse videtur V. C. Ger. Noodt. *Probab. lib.* 1. *cap.* 4. ubi una litterula & interpunctionibus leviter immutatis legit: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa, at in commodato venit & custodia; vis major non venit.* HEIN.

Aliquo fortuito casu) Nam casus fortuiti à nemine præstantur, *d. l. contractus.* 23. *de reg. jur. l. quæ fortuitis.* 6. *C. de pign. act.* nisi culpa aut mora casum præcesserit, aut nominatim placuerit, casum quoque præstari: de quo jam explicatum est sup. §. 2.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 45. *Tit.* 1. *C. Lib.* 8. *Tit.* 38.

1 *Continuatio.* 2 *An verborum obligationis plures causæ, quàm stipulatio?*
3 *Pomponiana stipulationis definitio explicata: ubi & alia.*
4 *Usus stipulationum quam varius jure civili?*
5 *Stipulationem non habere certam & determinatam naturam: & quid inde?*

1 EXposita est prima species obligationum, quæ cùm ex contractu sint, solo tamen consensu non consistunt, illæ nimirum, ad quas constituendas præter conventionem rem intervenire oportet. Reliquæ sunt ejusdem generis adhuc duæ, quarum altera certis verbis, altera litteris ad consensum accedentibus constituitur: unde ille verborum, hæc litterarum dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & hic & proximè sequentes quinque tituli consumuntur. Litterarum obligatio brevius perstringitur, *tit.* 22. Verborum obligatio, si Cajo *lib.* 2. *tit.* 9. credimus, duobus olim modis contrahebatur, aut interrogatione præcedente, eamque subsequente responsione, aut interrogatione non præcedente, unoque tantùm loquente, aut promittente: cujusmodi duo profert exempla, dictionem dotis, & jusjurandum liberti ad operas & alia patrono præstanda. Verùm in corpore juris nostri uno tantùm modo contrahi verborum obligationem legimus, cùm præcedit interrogatio, & sequitur congruens responsio, *hoc tit. in pr. l.* 1. §. *verbis.* 7. *de obl. & act. l. obligamur.* 52. §. 2. *eod. tit.* Neque alia causa hujus obligationis in toto hoc tractatu assignatur, quàm stipulatio; quo nomine appellatur integra illa verborum conceptio, quæ interrogatione & responsione constat. Igitur verborum obligatio est ea, quæ nascitur ex stipularione. Stipulatio est contractus constans interrogatione & responsione certis verbis conceptis. Stipulationem contractum esse, abunde probavimus in explicatione §. *ult. sup. de oblig.* VINN. Verum quidem in jure nostro unum occurrere contractuum verbalium genus, puta stipulationem. Sed ideo negandum non erat fuisse plura, imprimis dotis dictionem & jusjurandum liberti. Hi contractus olim & causam habuisse videntur, verba puta solemnia, & cognomines produxisse actiones, v. g. condictionem certi vel incerti ex dotis dictione, ex jurejurando. &c.

Sed

Sed quia omnia pacta dotalia valida habebantur tempore Justiniani, hinc de dotis dictione nihil in Pandectis exstare passus est Tribonianus. Immo ubi quid existit, ibi leges mutavit, veluti *l.* 25. *l.* 44. §. 1. *l.* 46. §. 1. *l.* 57. *l.* 59. *ff. de jur. dot.* Jurisjurandi à libertis præstiti passim in Pandectis fit mentio; sed nec illud tamen nunc forte admodum frequens fuit, quia & stipulatio sufficiebat jam multo ante Justinianum *l.* 3. *pr. l.* 5. *ff. de op. libert. l.* 44. *pr. ff. de liber. cauff.* Hein. Est autem *μονοπλεύρως* tantummodo obligans respondentem. A Pomponio definitur *verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet*, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Verùm Jurisconsultus eo loco genus non expressit, quod nec semper necessarium; formam tantùm seu differentiam posuit: perinde enim hoc accipiendum est, quasi dixisset, *stipulatio est contractus constans conceptione verborum, &c.* Verbis utimur in omnibus fere contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent. Deinde in cæteris contractibus sufficiunt quævis verba, nuda etiam & vulgaria, stipulatio solemnia & certo modo concepta desiderat. Ex quo rectè plerique colligunt, stipulationem esse contractum juris civilis. Nam etsi verborum usus omnium gentium communis est, & cum ratione juris gentium optimè convenit, ut qui ex consensu verbis declarato obligetur; tamen à simplicitate illius juris alienus est, ad substantiam alicujus actus exigere certam conceptamve verborum lingua nuncupandorum formulam: quod etiam Paulus non obscurè innuit *l.* 1. *locat.* facit item *l. si ita.* 126. §. 2. *vers. superest. de verb. obl.* add. Joan. Gœdd. *de contr. & committ. stip. cap.* 2. *concl.* 1. Stipulationum usus jure civili maximus est: ne quis putet, hanc speciem conventionis frustra inductam esse. Quotiescumque enim, quod in multis causis est opus sine re ac litteris obligationem constitui volumus, necesse est ad obligandum promissorem stipulationem adhibere. Nimirum leges Romanæ ex nuda conventione neminem obligari voluerunt, ne qualecumque promissum & sermo sæpe inconsultus magis, quàm ex voluntate proficiscens necessitate juris promittentem illigaret, & litium quoque, ut opinor, præcidendarum causa: sed excogitata est conventio certo modo & forma concipienda celebrandaque, quam deliberati animi certum signum esse voluerunt, & ex qua certo jure actio competeret; quàm conventionem stipulationem dixerunt. Itaque

4

stipulationum usus non tantùm utilis est, verùm etiam necessarius in fidejussoribus constituendis, *inf. de fidejuss.* obligationibus novandis, *l.* 1. & *l.* 2. *de novat.* interdum & in usuris, quas nobis præstari volumus, ut in strictis judiciis, *l.* 3. *C. de usur.* Sed & stipulationis vinculo cæteræ quoque conventiones & obligationes firmantur. Quod videre est tum in pactionibus nudis, quæ cùm per se jure civili infirmæ sint ad producendam actionem, stipulatione muniendæ sunt, *l. divisionis.* 45. *de pact. l. petens.* 27. *C. eod. l.* 3. & *l.* 4. *C. de rer. perm.* Paulus 2. *sent.* 22. *Omnibus pactis*, inquit, *stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit*: tum etiam in contractibus juris gentium: ex quibus licet actio jure civili competat, tamen his etiam stipulatio utiliter accedit, ut & firmior sit obligatio, & certior ratione præstationum, *l.* 3. §. 1. *de act. empt. l.* 4. §. *ult. de usur. l. quicquid.* 99. *de verb. obl.* Denique omnium fere negotiorum novissima parte subjici etiam stipulatio solet. *l. Titia.* 134. §. 1. *de verb. obl. l.* 7. §. *quod fere.* 12. *de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum sunt communia, ea sub *tit. de verb. obl.* tamquam in Pandecte, tractantur, & stipulationi attribuantur. Quod nonnulli tradiderunt, stipulationem non esse contractum, qui per se consistat, sed alterius obligationis sive civilis sive naturalis accessionem & fulcimentum, per *l.* 5. *in pr. vers. conventionales. h. t.* id DD. communiter sic exprimunt, ut dicant, stipulationem non subsistere, quæ causam nullam præcedentem habet, propter quam adhibita sit. Et rectè. Nam cùm stipulatio non habeat certam & determinatam naturam, ut contractus cæteri, sed ex variis causis, sæpe etiam ex injustis interponantur, merito requiritur, ut si eam valere volumus, de causa, propter quam interposita sit, constet: quod ex eo solo intelligi non potest, quod quis simpliciter dicatur stipulanti promisisse. Enimverò in causa donationis, ut subsistat promissio, non est necesse antecedere aliquid actum donationis, sed satis est, stipulatione ipsa hoc agi, & promittentem votum liberalitatis habere, *l. hoc jure.* 29. *de donat.* Illud tamen addendum suumo adhuc jure ex stipulatione sine causa nasci actionem, sed inefficacem eam reddi opposita doli mali exceptione, *l.* 2. §. 3. *de dol. mal. exc. l. si quis.* 36. *hoc tit.* Gloss. & Bart. *in d. l.* 2. §. 3. Gomez. 2. *var. resol.* 11. *num.* 3. quem perperam reprehendit Suarez. *in annot.*

5

TEXTUS.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cùm quid dari fierive nobis stipulamur: ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta sit: quæ hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte à stipite descendentes.

NOTÆ.

Ex stipulatu) Quæ in specie τεχνικῶς ex stipulatu dicitur, *l.* 24. *de reb. cred.* alibi actio incerti ex stipulatu, *l.* 4. *de usur.* Cæterum generaliter & φυσικῶς etiam rem certam ex stipulatu petentes, ex stipulatu agere dicuntur, *l.* 38. §. 6. *de verb. obl. l.* 42. *pro soc. l.* 28. *de cont. empt. l.* 14. *C. de pact.*

Si incerta sit) Exempla incertæ stipulationis pete ex *l.* 75. *de verb. obl.* Illa stipulatio incerta non est, *Triticum, quod in illo horreo est, dare spondes? d. l.* 75. fac. *l.* 30. §. 4. *ad leg. Falc. l.* 7. §. 1. *de cont. empt.* Itaque non leviter hîc errat Theoph. Quod si id, quod in obligationem deductum est, nullos certos fines habet, aut ad vilissimum deduci potest, stipulatio inutilis est: veluti si fundus sine demonstratione promissus, *l.* 69. §. 4. *de jur. dot.* vinum, triticum sine designatione mensuræ, *l.* 94. & *seq. l.* 15. *pr. h. t.* Thalet. ad *l.* 1. *C. de dot. prom.* Harm. *lib.* 4. *tit.* 8. §. 44.

Stipulum apud veteres firmum) Hanc nominis rationem reddit & Paul. 5. *sent.* 7. & probat doctissimus salmas. *de usur. c.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Verbo stipulationis non interrogationem tantùm sed etiam responsionem, & ita totum contractum significari.*
2 *Etiam eum ex stipulatu agere dici, qui certum ex stipulatione petit: & quando incertitudo stipulationem vitiet?*
3 *Stipulationis vera originatio.*

EX *interrogatione & responsione*) Verborum obligatio nascitur ex interrogatione & responsione, *l.* 1. §. *verbis.* 7. *l. obligamur.* 52. §. 1. *de obl. act.* Nam duabus hisce partibus constat illa verborum conceptio, quæ uno nomine stipulatio à veteribus dicta est, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* non proprietate verbi (nam *stipulari* is dicitur, qui interrogat; alter *promittere, spondere*; interrogatio autem sine responsione inutilis est) sed propter partium necessariam consequentiam, qua posita una, altera quoque intelligitur: quod etiam in plerisque aliis appellationibus usu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione, &c. Græci interpretes ἐπερώτησιν reddiderunt. Harum autem partium quædam sunt comunia, veluti ut & qui rogat & qui respondet, verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat: & intelligat quædam responsionis propria, veluti, ut qui respondet, illico id faciet; ut respondeat convenienter interrogationi. Sed de his postea explicatius.

Dari fierive) His verbis indicatur stipulationum materia, nimirum non solùm res in stipulationem deduci, sed etiam facta: unde stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, *l.* 2. *pr. hoc tit.* §. *ult. inf. eod.*

Duæ proficiscuntur actiones) Justinianus hoc passim & rectè observat, ut ad notitiam cujusque contractus & obligationis etiam actiones adjungat, quibus id, quod ex obligatione debetur, si sponte debitor non solvat, ab invito obtinere liceat. Præter duas illas actiones, quas hic Justinianus commemorat, quasque ait proficisci ex stipulatione, datur & condictio triticiaria: quippe quæ si causam excipias pecuniæ numeratæ, generalis est, *l.* 1. *de cond. tritic.*

Condictio certi) Hæc communem naturam habet cum ea, quæ competit ex mutuo, cærisque obligationibus, ex quibus certum petitur, *l.* 9. *l. si quis.* 24. *de reb. cred.* dixi plura *sub. pr. tit. praced.*

Si certa sit stipulatio) Certa stipulatio hîc non intelligitur ea, quam certo interpositam esse constat, incerta, de qua ambigitur: sed certa & incerta dicitur ratione rei in stipulationem deductæ, quæ res si certa sit, id est, si appareat ex pronunciatione, quid, quale, quantumque sit in stipulatione, stipulatio dicitur certa: ubi autem hoc non apparet, incerta, *l. stipulationem.* 74. & *l. seq. hoc tit.*

2 *Ex stipulatu*) Hoc verbum non significat causam generantem: nam & condictio certi ex stipulatione nascitur, quod hîc expressum est, & res ipsa loquitur. Atque in genere etiam qui rem certam ex stipulatu debitam petit, rectè & naturaliter dicitur ex stipulatu agere, *l. inter.* 83. §. *si rem.* 6. *hoc tit. l. quod si* 42. *pro soc. l.* 14. *C. de pact. l. prædia.* 28. *de act. empt.* sed denotat materiam, & est nomen actionis specialis. Unde explicandum quod tradit Ulpian. *d. l.* 24. *de reb. cred.* eum, qui certum stipulatus est, ex stipulatu actionem non habere, sed condictione certi id persequi debere,

re, nimirum non habere eum actionem, quæ in specie & τεχνικῶς ex stipulatu dicitur, & est actio ex stipulatu incerti, *l. 4. pr. de usur.* Vinn. Ita quidem usu invaluerat ut si certum peteretur, actio vocaretur condictio certi; sin incertum, condictio ex stipulatu: sed quia contractus nominatus producere soleat cognominem actionem, satis adparet, actionem hanc dictam fuisse ex stipulatu, non modo si incertum, verùm etiam si certum petatur. Exemplum est in *l. 83. §. 6. ff. de V. O. l. 42. ff. pro soc. & alibi passim.* Nihil novi est, nomen generis uni speciei hærere. Non tam τεχνικὸν hic deprehendo, quam usum vulgi, quem penes arbitrium est & vis & norma loquendi. Quia priorem actionem *condictionem certi* vocabant pragmatici, hinc commune nomen alteri actioni relinquebant, eamque vocabant *ex stipulatu.* Hein.

Si incerta sit) Sed inquis, an non incertitudo stipulationem vitiat? Sanè aliquando interest etiam, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut si quis fundum stipuletur non adjecto nomine, vinum aut triticum sine designatione mensuræ, insulam ædificari non demostrato loco: an ea certis finibus natura circumscripta sit, ut homo, equus, bos: illuc stipulatio non consistit, *l. triticum 94. cum seq. l. ita stipulatus. 115. in pr. hoc tit.* hic contra vid. *sup. §. si generaliter 22. de legat.*

3 *Quod stipulum apud veteres firmum*) Eamdem hujus nominis rationem reddit & Paulus *5. sent. 7.* quam & D. Hotomannus probat, & verissimam censet doctissimus Salmasius *lib. de usur. c. 6.* Varro autem *lib. 4. de lingua*, cui fere & Festus consentit, à *stipe* deducit. *Stipem* autem à *stipando* dictam scribit, eo quod veteres, cùm ære gravi uterentur, acceptum majorem assium numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant. Aliam hujus verbi etymologiam apud Isidorum *lib. 5. c. 24.* reperio, ubi scribit, stipulationem nomen invenisse à *stipula. Veteres enim*, inquit, *quando sibi promittebant aliquid, stipulam tenentes frangebant: quam iterum jungentes, agnoscebant sponsiones suas*; quod unde sumpserit, nescio.

Forte à stipite) Stipes est fustis validus terræ defixus, teste Festo. Durior autem videtur hæc notatio & falsam esse arguit syllabæ quantitas, in uno brevis, in altero longæ. D. Hotomannus legendum putat à στιπτῷ, id est, denso & spisso. Sed nihil muto, cùm & Theophilus legat ἀπὸ τοῦ στελέχους, *à stipite.* Probabilius est, stipulum dictum ex Græco στυφλὸν & στυφλὸν, quod Grammatici exponunt στερεὸν, sive στεῤῥὸν, *firmum, solidum.* D. Salmas. *d. loc.*

Textus.

De verbis stipulationum.

1. *In hac olim talia verba tradita fuerunt;* Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam. *Utrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam quo Græci Latina lingua contrahere obligationem possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leonina constitutio lata est, quæ solemnitate verborum sublata sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solùm desiderat, quibuscumque tandem verbis expressum est.*

Notæ.

1. *Utrum latina, an græca*) *L. 1. §. ult. eod.* & sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod de acceptilatione traditur, *l. 8. §. ultim. de accept.*

Hæc solemnia verba) Quæ etiam directa, *l. 10. C. de contr. stip.* civilia, & legitima, quibus opponuntur vulgaria, *l. 16. de fideic. lib.*

Commentarius.

1 *Ad substantiam stipulationis quænam adhuc requirantur?*
2 *Consectaria aliquot inde deducta.*
3 *Ut alia lingua quàm Latina stipulatio fieri possit, à Sabino inductum videri.*
4 *Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura fere confundi.*

Olim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habuere, sed ea demum, quæ solemnia erant & directa, atque à Jurisconsultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex sola definitione stipulationis intelligere licet, quæ est apud Pomponium *l. 5. §. 1. hoc tit.* Etsi autem scrupulosa hæc verborum observatio à Leone postea sublata est, *l. 10. C. eod.* illud tamen ad vim atque substantiam stipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente, ac proinde verba ex utraque parte interveniant, ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis, *l. 1. pr.* 1

§. 1.

§. 1. & 2. *l. inter.* 83. §. 1. *l. continuus.* 137. 2 *hoc tit. l.* 7. §. *quod ferè.* 12. *de pact.* Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet: sed neque surdus, qui quamvis ipse loqui potest, alium tamen loquentem audire non potest, *l.* 1. §. *pen. & ult. de obl. & act.* §. *mutuum* 7. *inf. de inut. stip.* præterea & illud hinc sequitur, stipulationem inter absentes contrahi non posse, sed nec posse in scriptis, licet partes præsentes sint: quamvis secus sentiat Wesembecius. Utitur ille argum. *l. optimam.* 14. *C. hoc tit. & l. non figura.* 38. *de obl. & action.* Verùm neutra id quod vult probat: sed illa hoc tantùm, præsumptionem esse pro instrumento, in quo scriptum est, omnia solemniter esse acta, stipulationemque rite factam, *l. sciendum.* 30. *hoc tit.* §. *si scriptum.* 17. *inf. de inut. stip.* §. *ultim. inf. de fideicomm.* hæc, non minus valere, quod litteris exprimitur, quàm quod verbis nuncupatur. Sed sciendum est, hoc toties verum esse, quoties verba ad constitutionem actus necessaria non sunt: quemadmodum è converso cùm scriptura ad essentiam rei requiritur, verba intervenisse non sufficit, *l. contract.* 17. *C. de fid. instrum.* Porro etiam hinc efficitur, nec eum obligari, qui sine verbis adnuit, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* ubi hoc quoque adjicitur, adnuentem tantùm nec naturaliter obligari: sed hoc referendum est ad rationem juris civilis, quo jure propter defectum substantiæ obligationis ne quidem pro naturaliter obligato habeatur, qui adnuit tantùm. Nam dubitandum non est, quin si quis interroganti serio adnuat, aut per litteras respondeat, is jure naturæ obligetur. De congruentia interrogationis & responsionis dicemus sub §. *præterea.* 5. *de inut. stip.* Postremo actus stipulantis & promittentis etiamnum continuus esse debet, *l. continuus.* 137. *princip. hoc tit.* Cæterum non omne intervallum excluditur, sed longiusculum, ut verisimile sit, ad alia negotia discessum esse, animumque contrahendi depositum, *d. l. continuus.* 137. *hoc tit. l.* 12. *princ. de duob. reis*; quo loco pro verbo *prolatus*, ut hoc obiter moneam, mihi dubium non est, quin legendum sit *Proculus.* His ita concurrentibus stipulationem contractam esse intelligimus, nisi ex circumstantiis, aut iis, quæ acta sunt probetur, non stipulandi, sed paciscendi animum partes habuisse, *l.* 7. §. *quod fere.* 12. *de pact.* VINN. Atqui si *l.* 12. *pr. ff. de duob. reis*; pro *prolutus* legas *Proculus*, tunc verborum deerit e. g. *putat*, *scribit*, vel simile, quod, si additur, emendatio erit paullo audacior. Immo vix tanti momenti tantæque obscuritatis erat quæstio, ut JCtos ea in re dissensisse putemus. Hinc Haloandri lectio magis probanda, qui pro *prolutus*, quod manifesto mendosum, legit *probatur.* HEIN.

Talia verba tradita) Neque aliis verbis stipulatio contrahi poterat. Itaque si quis, verbi causa, ita interrogasset, *Centum dare polliceris? Curabis hoc fieri?* respondente altero, *Polliceor*, aut *Curabo*, non contrahebatur verborum obligatio. Quin tanta erat olim in verbis stipulationum scrupulositas, ut etiam dubitatum sit, an valeret hæc conceptio, *Dabis? Quidni? l.* 1. §. 2. *hoc tit.*

Latina an Græca lingua) Certum est, Romanos in omnibus actibus civilibus, qualis etiam est stipulatio, solemnibus formulis ac verbis, ut tum dicebantur, legitimis usos fuisse, ac proinde non nisi Latinis. Sed cùm stipulationis magnus esset usus, & plerumque aliis conventionibus, quæ quacumque lingua fieri solitæ erant, hæc annecteretur, propter utilitatem receptum fuit, ut & ipsa quoque quacumque lingua fieri posset: videturque primus Sabinus hoc induxisse, ut Græca lingua posset stipulatio concipi: postea verò sensim ad aliam quamvis linguam idem jus productum *l.* 1. §. *ult. hoc tit.* Sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod & de acceptilatione traditur *l.* 8. §. *ult. de acceptil.* 3

Solemnitate verborum sublata.) Leo verborum solemnes formulas in stipulationibus sustulit, & quorumvis verborum opportunitatem admisit, *l.* 10. *C. hoc tit.* Illa tamen, quæ paulo ante memoravimus, post hanc constitutionem adhuc manserunt, & in vi obligandi, notissima pacti & stipulationis differentia. Mores verò hodierni pactorum & stipulationum jura fere confundunt: tam enim ex nudo pacto, modo serio & deliberato initum sit, obligatio & actio nunc nascitur, quàm ex stipulatione, sive hoc ex jure Pontificio, ejusve juris interpretatione invaluit, sive ex eo, quod posterioribus sæculis grave visum fuit, etiam in nudis pactis fidem fallere. Itaque cùm hodie stipulationis non major vis sit, quàm cujuslibet pacti, nulla amplius est stipulationis necessitas, nec minus pacto, quàm stipulatione & fidejussores constitui, & novatio fieri, & usuræ promitti poterunt. Verbo tamen stipulandi plerumque adhuc utimur, vid. Gomez. 2. *res.* 9. *n.* 3. & 11. *n.* 3. Gudelin. *lib.* 3. *de jur. nov. c.* 5. Christin. *vol.* 2. *dec.* 91. Grot. 3. *manuduct.* 1. D. Tuld. *comm. hic. cap.* 2. 4

TEX-

Textus.
Quibus modis stipulatio fit. De stipulatione pura vel in diem.

2. *Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè, veluti*, Quinque aureos dare spondes? *Idque confestim peti potest. In diem, cùm adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti*, Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? *Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur; sed peti prius, quàm dies venerit, non potest: ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest; quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet: neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is dies prœterierit.*

Notæ.

2. *Peti prius, &c. non potest*) L. 44. §. 1. *de obl. & act. l.* 42. *h. t. l.* 9. *in fin. pr. de reb. cred. l.* 213. *de verb. sign.* quo respiciens Ulpian. *l.* 41. §. 1. *hoc t.* ait, diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur: id est, ne debeatur: plenè & efficaciter, non ita, ut peti possit.

Arbitrio solventis) Quoniam adjecto diei pro reo est, *d. l.* 41. §. 1. cui ob id liberum etiam ante diem solvere, & vel invito creditore, *l.* 50. *de obl. & act. l.* 70. *de solut. l.* 38. §. 16. *hoc tit.* nisi forte dies creditoris gratia adjectus, *l.* 17. *de reg. jur.* ut in *l.* 15. *de anu. leg. l.* 15. §. 3. *de usur.*

Commentarius.

1 *Ex pura stipulatione quod statim agi posse dicitur, quomodo accipiendum, & expositus* §. ult. inf. de inutil. stip.
2 *Dies incertus quando conditionem facit: & quid hic intersit inter legata & stipulationem?*
3 *Quid si apponatur dies finiendæ obligationis causa?*
4 *Effectus obligationis in diem, num quod in diem debetur, ante diem rectè offeratur creditori, licet accipere recusanti?*
5 *Utrum ante diem prorsus nulla sit actio, an statim una cum obligatione ipso jure actio nascatur, sed quæ intentata exceptione temporali removenda sit?*
6 *Explicatio* l. 73. de verb. obl.
7 *Formula quædam ejusdem efficaciæ, & alia notatu d gna.*

Divisio stipulationis à diverso contrahendi modo, quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet, quàm ad conventiones cæteras: nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat, vel purè, vel in diem, vel sub conditione. Quamquam in deposito dies aut conditio adjecta nihil operetur, *l.* 1. §. *si depositum.* 45. & §. *seq. depos.*

1 *Idque confestim peti potest*) Puræ stipulationis dies, ita nostri loquuntur, statim & cedit & venit, *l. cedere.* 213. *de verb. sign.* hoc est, id quod purè promissum est, confestim & debetur, & peti potest, *l. eum qui.* 41. §. 1. *l. eum qui* 56. §. *qui ita* 4. *l. liber homo.* 118. §. 1. *h. t. l.* 14. *de reg. jur.* Idque efficit certa juris ratio: quippe posita pura nec impedita obligatione, actionem poni necesse est, fatendumque jus exigendi competere, *d. l. cedere.* 213. *d. l. liber hom.* 118. §. 1. Puram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis, eamque intelligimus, cui nec conditio nec dies vel tacitè insit: alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est, cùm tamen re dilationem habeat, & tempus tacitè complectatur, quæ huc non pertinet, *l. interdum.* 73. *hoc tit.* Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in §. *ult. inf. de inut. stip. eum, qui fundum aut hominem stipulatus est, non posse continuo agere, nisi tantum spatium prœterierit, quo tradito fieri possit.* Hoc enim non ad jus petendi, sed ad ejus, quod petitur solutionem, & executionem obligationis referendum est; ut non continuo urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut solutionem faciendam, sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium, intra quod traditio commodè fieri, pecunia confici, & solutio expediri queat. Licet enim difficultas præstandi non moretur actionem, *l. continuus* 137. §. *illud.* 4. *hoc tit.* atque adeo qui decem hodie dari stipulatus est, ex ratione juris non præmaturè agat, ac proinde nec in pœnam plus petitionis incidat, etiamsi nondum finito stipulationis die petat, *d. l. liber homo* 118. §. 1. *eod.* quia tamen spatium aliquod inter contractam obligationem & solutionis exactionem intercedere æquum est, atque incivile statim cum sacco venire creditorem, *arg. quod dicimus.* 105. *de solut.* placet, debitori confitenti debitum, & parato solvere, modicum tempus ad solvendam pecuniam dari, nimirum id, quod reis post condemnationem indultum est, ne deteriore conditione sit, qui ultro debitum agnoscit, quàm qui negat & convictus condemnatur, *l. ex judicatum.* 16. *jud. solv.* junct. *l. si debitori* 21. *de judic.* Don. ad *l.* 41. §. 1. *hoc tit. n.* 34. & *seqq.* Cæterum DD. vulgo id judicem pro re nata, proque per-

personarum & causæ qualitate, definire & moderari oportere statuunt, *arg. l. in fraudem.* 45. §. *fiscalibus.* 10. *de jur. fisc.* Et sanè nec præcisè tempus judicati servare magistratus cogitur, *l.* 2. *de re judic.* sed ex causa id vel arctare vel prorogare potest, vid. Menoch. *de arbit.* 2. *cent.* 1. *cas.* 27. Dura autem nimis est Cujacii in *d. l.* 41. & Timæi. Fabri *disp. anniv.* 23. sententia, qui nullum laxamentum concedunt.

2 *Cùm adjecto die*) Stipulatio in diem est, quæ fit adjecto die, quo pecunia solvatur. Diem hic certum accipere debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertum est, an exiturus sit; veluti in hac conceptione, *Dabis, cùm Titius uxorem duxerit?* aut, *cum Titius pubes factus erit*; *l. si dies* 21. *& l. seqq. quand. dies leg.* Nam si illud dumtaxat incertum, quando sit exiturus, certum autem, exiturum esse: veluti si quis ita stipulatus fuerit, *Dabis, cùm moriar*, aut *cum morieris?* hujusmodi diem pro conditione non haberi, argumento est quod soluta ante diem mortis pecunia repeti non potest, *l.* 16. *cum* 2. *seqq. de cond. ind.* Equidem scio, in legatis hanc distinctionem observari, ut, si ita legetur, *Hæres meus cùm morietur, decem dato*, id legatum quasi incerto die adscripto pro conditionali habeatur, ac proinde ad hæredem legatarii vivo hærede defuncti non transeat. Sin verò ita, *cùm ipse legatarius morietur*, hoc quasi post certum diem relictum transmittatur, *l.* 1. §. 2. *l. hæred.* 79. *de cond. & dem. l.* 4. *quand. dies leg.* Sed non est talis legati, *Hæres meus cùm morietur, Titio decem dato*, & stipulationis hujusmodi, *cùm morieris, decem dare spondes?* eadem ratio. In legato adjectio illa, *cùm hæres morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur: quippe quod præmoriente legatario effectum sortiri non potest. In stipulatione verò hæc adjectio, *cùm morieris*, nullam incertitudinem parit: nam etsi ante promissorem stipulator decesserit, hæredi tamen ejus debetur, §. 4. *inf. eod.* Unum etiam genus diei planè incerti contractum conditionalem non facit, nempe in hac oratione, *cùm petiero dare spondes?* quod ex proposito contrahentium intellectum est, quorum procul dubio in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim & sine mora, ubi petitum erit, solvatur, non ut obligatio differatur in casum: ideoque si decessero prius, quàm petiero, non videtur defecisse conditio, *l. si decem.* 48. *h. t.* Sed nec dies certus adjectus simpliciter conventionem in diem facit; verùm ita demum si adjectus sit solutionis & actionis differendæ causa, atque terminus à quo. Quod si apponatur dies, ut terminus ad quem, id est, finiendæ obligationis causa, puta hoc modo, *Usque ad Calendas dare spondes?* aut, *Quod vivam, dare spondes?* purè contracta obligatio intelligitur: cæterum petenti post Calendas, aut hæredi petenti obstabit exceptio pacti aut doli mali, *l. obligationum.* 44. §. 1. *de obl. & act. l. eum qui.* 56. §. *qui ita.* 4. *h. t.* vide quæ sub §. *seq.* Porro dies vel apertè adjicitur, ut in formulis usitatis, *Calendis Martiis, proximis nundinis, post biennium*: vel tacitè stipulationi, verbis alioqui puræ, inest, propter vel loci adjectionem, vel qualitatem rei promissæ, ut in stipulatione operis faciendi, fructuum nasciturorum, *l.* 14. *l. continuus.* 137. §. 2. *&* 3. *hoc tit.* §. *loca.* 5. *inf. eod.* 3

Statim quidem debetur) *L. stipulatio.* 38. §. *inter.* 16. *l. centesimis.* 46. *hoc tit. l. cedere.* 213. *de verb. sign.* Atque hujus præsentis obligationis intuitu hujusmodi stipulatio pura interdum dicitur, ut & ejusdem generis legatum, oppositivè nimirum ad stipulationes & legata conditionalia *l.* 9. §. 1. *de novat. l.* 79. *de cond. & demonst.* Quid ergo est, quod Ulpianus in *l. eum qui.* 41. §. 1. *hoc tit.* ait, *diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur?* nimirum verbum debendi cum effectu eo loco Jurisconsultus accepit: ut sit sensus, diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur plenè & efficaciter, non ita, ut & peti possit: quod locus ipse satis evincit. Non negat igitur Jurisconsultus, diem stipulationis cessisse; quod pugnares cum manifesta ratione juris: sed venisse negat. Etsi autem diei adjecti hæc vis est, ut ante diem agi non possit; alia tamen præsentis obligationis effecta sunt. Stipulatori hæc commoda affert, ut id debitum solutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non possit, *l.* 10. *de cond. ind.* ut possit novari & constitui, atque ita possit, ut etiam ante diem obligationis principalis peti possit, *l.* 1. *& l.* 5. *de novat. l.* 3. §. *ult. & l. seq. de pec. const.* In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore rectè solvat, *l. quod quis* 30. *de obl. & act. l. quod certa.* 70. *de solut. l. stipulatio.* 38. §. *inter.* 16. *l. continuus.* 137. §. 2. *hoc tit.* quod interpretandum ex *l.* 9. *C. de solut.* Nam cùm diei adjectio pro reo sit, non pro stipulatore, *d. l.* 41. §. 1. *eod.* medium tempus reo liberum esse debet ad solutionem; quæ etiam ratio redditur in *d. l. stipulatio.* 38. *& d. l. quod certa* 70. Et verò quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare? *per vulg.* Et miror 4

adeo

adeo Cujacium in re tam aperta dissensisse, atque eo magis, quod sententiæ suæ firmamentum petit ex *l. item* 18. *de pec. constit.* qui locus etsi solus esset, illum jugularet. Nihil sententiam Cujacii juvat *l. si soluturus* 39. *de solut.* numquam enim obtinebitur, importunum tempus esse id, quod diem adjectum antecedit. Postea comperi, & Guillel. Masium dissentire, *lib.* 1. *sing. opin. cap.* 4. cujus argumentis vel una hac responsione occurri potest, nempe quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam altero invito. Planè si appareat, diem adjectum esse etiam creditoris gratia, aliud dicendum est; veluti si quid certo loco dari promissum fuerit, *l.* 3. *quod cert. loc. l. qui Romæ* 122. *pr. hoc tit.* facit *l.* 15. *de ann. legat. l.* 17. *de reg. jur.* Don. in *d. l.* 41. §. 1. *num.* 47. *& seq.* D. Tulden. *comm. hic, cap.* 12.

Peti prius, quàm dies venerit) Quod in diem debetur, sive ex stipulatione sive ex alia causa, id ante diem peti, eo nomine agi, debitoremve conveniri, antequam dies venerit, non posse, innumeris locis proditum est, *l. certi* 9. *in fin. pr. de reb. cred. l. quotiens* 24. *de oper. libert. l.* 7. *l.* 14. *quib. ex ca. in poss. l. cedere* 213. *de verb. sign. l. obligationum* 44. §. 1. *de obl. & act. l.* 14. *l. qui hoc anno* 42. *l. interdum* 73. *l. existimo* 98. §. 1. *hoc tit. cum simil.* Atque hactenus quidem interpp. omnes conveniunt, quod etsi dies adjectus non impedit, quominus obligatio statim oriatur, tamen efficiat, quominus statim agi possit. Cæterum non levis quæstio est, agitata Citramontanos inter & Ultramontanos, ut apparet ex Cyno & Saliceto in *l. un. C. ut act. ab hæred.* circa explicationem horum verborum, *agi, peti non posse*: utrum scilicet ea sic accipienda sint, ut nulla prorsus ante diem actio esse intelligatur: an verò sic, ut ipso quidem jure una cum obligatione protinus nascatur actio, sed quæ ante diem cum effectu intentari nequeat, atque intentata exceptione temporis & plus petitionis submoveatur. Ego in hac quæstione posteriorem sententiam, quæ Citramontanorum fuit, probandam censeo cum Salic. in *d. l. un.* & Gomez 2. *res.* 11. *n.* 21. Etenim posita causa obligationis proxima, præsenti videlicet obligatione, non potest non poni actio. Sed sunt alia hujus rei argumenta. Agenti ante diem dicitur obstare exceptio, §. *temporales* 10. *inf. de except.* At exceptio necessario præsupponit actionem. Qui ante diem agit, *prematurè, malè, & perperam* agere dicitur, *l. un. in fin. quand. dies us. leg. ced. l. liber homo* 118. §. 1. *h. t. l.* 2. §. *qui ita* 6. *de eo quod cert. loc.* & *tempore plus petere*, §. *si quis* 33. *inf. de act.* Qui autem nullam omnino actionem habet, si quid moverit, id non *malè gerere*, sed *inutiliter*, *l. bovem* 43. §. *pen. de ædil. edict.* nec *plus petere*, sed *nihil facere* dicitur, *d. l. un. in fin.* Ad hæc effectu nihil interesse, utrum stipulationi purè factæ dies postea adjiciatur, an ab initio adjecto die stipulatio fiat, clarè arguit *d.* §. *temporales* 10. *inf. de except.* & frigidè contra disputat Donel. ad *l.* 41. §. 1. *n.* 41. *&* 2. *seqq.* Denique si dies finiendæ obligationis causa, atque, ut loquuntur, adjectus per modum termini ad quem, adveniens obligationem & actionem ipso jure non tollit, sed hoc tantùm efficit, ut per exceptionem actio elidatur; etiam adjectus differendæ obligationis & actionis causa, atque ut terminus à quo, efficere non potuerit, ne statim obligatio & actio nascatur; sed hoc tantùm, ut mota ante diem actio exceptione temporali excludatur. Non obstat quod ajunt, contractus & obligationes pendere à voluntate contrahentium, *l.* 5. *C. de obl. & act.* actus agentium non operari ultra eorum intentionem, *l. non minus* 19. *de reb. cred.* ut proinde cùm debitoris intentio non sit, ut ante diem obligetur, nec creditoris, ut obliget, dicendum videatur, nec ante diem adjectum obligationem & actionem nasci. Nam voluntate contrahentium ratio juris publici mutari non potest, quo placuit, certis modis obligationem constitui & finiri, inter quos non est tempus, *l. obligationum* 44. §. 1. *de obl. & act.* Deinde non hoc in proposito agunt contrahentes, ne statim nascatur obligatio, sed ut differatur obligationis executio. Dom. Bachov. *hic.* Magis obstat *l. interdum* 73. *h. t.* ubi Jurisconsultus, propositis aliquot speciebus stipulationum, quæ ex re ipsa dilationem capiunt, subjicit, *tunc actionem incipere*, &c. Et mox, *non antecedere diem*, &c. An dicimus, aliud juris esse, cùm dies tacitè inest, aliud cùm aperte adjicitur? An potius exemplorum omnium, quæ in *d. l.* 73. confusim proponuntur, non unam eamdemque esse rationem? Sanè enim etsi stipulationes illic propositæ in eo omnes conveniunt, quod dilationem habeant, non eamdem tamen habent omnes, sed aliæ ex tacita conditione, ut stipulatio operarum; aliæ ex conditione & die simul, ut stipulatio fructuum futurorum; aliæ ex die dumtaxat, ut quod certo loco dari promissum est: secundùm quæ nisi prædicta illa, *actionem incipere: diem cedere*, commodè explicentur, in certissima juris principia impingatur necesse est. Sic ergo sentio, ex stipulatione in

in diem concepta ſtatim & obligationem naſci & ſimul actionem quoad habitum & actum primum; ſed diem adjectum impedire ſeu ſuſpendere actum ſecundum, id eſt, exercitium actionis & operationem: breviter, ipſo jure etiam actionem competere, ſed quæ intentata ante diem ſtipulatione comprehenſum exceptione repelli poſsit. Quid interſit, actio ipſo jure non competat, an quæ competit, per exceptionem removeatur, dicemus *inf. ſub tit. de except.* VINN. Non ſolùm in *l.* 73. *ff. de V. O.* ſed & in *l.* 72. §. *ult. ff. eod.* quædam difficultas emergit eadem: *Planè* inquit Ulpianus, *ſi inſulam fulciri quis ſtipulatus ſit, non eſt expectandum, ut inſula ruat, ſic deinde agi poſſit, nec inſulam fieri, ut tantum temporis prætereat, quanto inſula fabricari poſſit. Sed ubi jam cœpit mora faciendæ inſulæ fieri, tunc agetur: dieſque obligationis cedit.* Quæ ſanè repugnare videntur *l.* 14. & *l.* 84. *ff. eod.* ubi poſt aliquod temporis intervallum, intra quod inſula confici & abſolvi potuerit, actio naſci dicitur. Sed non repugnant. Verè enim agi poteſt, ubi mora fit faciendæ inſulæ, quod promiſſor inſulam juſto tempore non inchoaverit, ad id, quod intereſt, moram factam non fuiſſe. Elapſo autem tanto temporis ſpatio, intra quod probabiliter inſula fieri potuiſſet, agitur ad id quod intereſt: inſulam perfectam fuiſſe. Eodem modo explicanda videtur *l.* 137. §. 3. *ff. eod.* uti rectè obſervavit Harprecht. ad *Inſt. h. t. h.* §. *n.* 5. HEIN.

Ne eo quidem ipſo die) Apparet igitur, in hoc genere dici debere, diem veniſſe, non cùm dies ſtipulatione comprehenſus venit: ſed cùm in dies venit, qui illum ſequitur. Eſt enim is, quo primùm pecunia peti poteſt: non is, in quem ſtipulatio collata, *l. cedere diem* 213. *de verb. ſign.*

Totus arbitrio ſolventis) Tempus adjectum pro reo, non pro ſtipulatore eſt, *l.* 41. §. 1. *h. t. l.* 17. *de reg. jur.* ideoque niſi partes adjecti temporis omnes præterierint, ſtipulator non rectè agit: ut puta, qui hoc anno, aut hoc menſe dari ſtipulatus eſt, is non rectè petit, niſi omnibus partibus anni vel menſis præteritis, *l. qui hoc* 42. *hoc tit.* §. *ult. infr. de inut. ſtip.* Planè ſi quis ita ſtipuletur, *hodie dare ſpondes*? Puram eſſe hanc ſtipulationem Papinianus reſpondit: neque enim in propoſito diem differendæ actionis inſertum videri, ſed quo præſens oſtendatur eſſe reſponſum, *l. liber homo* 118. §. 1. *eod.* Sive autem hac formu-

7 la concepta ſit ſtipulatio, *Proximis Calendis Martiis, hoc biennio, proximis nundinis, dare ſpondes*? ſive ita, *Ante Calendas, ante biennium, ante nundinas*? ſive denique hoc modo, *Poſt Calendas, poſt biennium, poſt nundinas*? non prius rectè peti poteſt, quam Calendæ, biennium, nundinæ præterierint; ut promiſsio ſemper in tempus finitum, non cœptum referatur, *l.* 13. *l.* 41. *cum l. ſeq. l. eum qui* 56. §. *qui ita* 5. *l.* 238. *eod.* In diverſis temporibus longiſsimum ſequemur, ſicut in ſummis ſequimur minimam, *l.* 12. *eod.* Quod ſi ſimpliciter hoc modo: *Calendis Januariis dabis*? niſi primas accipimus, inutilis futura eſt ſtipulatio, *d. l.* 41. *in pr.* Qui certam ſummam in tribus terminis ſe ſoluturum promiſit, in ea cauſa à DD. habetur, ac ſi annua bima trima die promiſiſſet, id eſt, ut univerſa ſumma in tres penſiones annuas dividatur. Sed rectè prudentiſſimus D. Tuldenus hoc ita demum probandum ait, ſi per relationem aut ſaltem ex conſuetudine hoc actum appareat: alioqui judicem tempus arbitraturum habita ratione ſummæ & perſonæ promiſſoris.

TEXTUS.

De die adjecto perimendæ obligationis cauſa.

3. *At ſi ita ſtipuleris*, Decem aureos annuos quoad vivam dare ſpondes; *& purè facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non poteſt deberi: ſed hæres petendo pacti exceptione ſubmovebitur.*

NOTÆ.

3. *Decem annos*) Sive in ſingulos annos, aut quotannis. Quæ adjectio fieri intelligitur non differendi, ſed multiplicandi cauſa. Eo autem omiſſo confeſtim quidem adhuc decem peti poſſunt, ſed ſemel tantùm, *l.* 56. §. 4. *h. t.*

Quoad vivam) Quid ſi hoc omiſſum? Tum effectus obligationis etiam poſt mortem durabit, *l.* 16. §. 1. *eod.* Legati autem annui ratio nonnihil diverſa, *d. l.* 16. §. 1. *l.* 4. *l.* 11. *de ann. leg. l.* 10. *quand. dies leg.*

Quia ad tempus) Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi definit, puta ſolutione, acceptilatione, novatione, &c. nihil autem horum eſt tempus, *l.* 44. §. 1. *de obl. & act.*

Pacti exceptione) Vel doli mali propter illa verba *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationi adjecta, *d. l.* 56. §. 4. *d. l.* 44. §. 1.

COMMENTARIUS.

1 *Quid juris, ſi quis ſtipuletur decem quoad vivet, non addito, annua?*

Quid

2 *Quid si decem in singulos annos, omisso, quoad vivet?*
3 *Quid, cùm obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur?*
4 *Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos à simili legato? Et qui istius differentiæ effectus?*
5 *Quid juris in casu hic proposito.*

Agitur hic de efficientia diei stipulationi adjecti in modum termini ad quem, id est, perimendæ obligationis causa, doceturque ea conventio, non fieri, ut aut ab initio suspendatur obligatio, aut postea tempore ipso jure finiatur: cæterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione submoveri. Affertur pro exemplo casus, quo 1 quis annum quid stipulatur, quoad vivet. Nos verò, ut res planior fiat, tres casus distinguemus. Primus hic sit, si quis stipuletur decem, *quod vivet*, non addito, *annua* aut *in singulos annos*. In hac specie responsum est, decem confestim rectè peti, quemadmodum si quis usque in Calendas dari stipulatus fuerit, etiam ante Calendas petere potest. Sed & obligationem perpetuari, ideoque & hæredem illius, & hunc post Calendas petere posse: cæterum petentes exceptione pacti conventi aut doli mali submoveri, *l. eum qui 56. §. qui ita 4. hoc tit. l. 44. §. 1. de obl. & act.* Utrum autem, qui decem, quoad stipulator vivet, dare spopondit, intelligatur decem semel, quod Duareno *in d. l. 56.* placet, an decem annua promisisse, quod Don. ibid. & D. Tuld. in *com. hic, cap. 11.* & ego quoque verius puto (certè usui loquendi hodierno magis convenit) ad id de quo nunc quæritur, id est, an statim ex ea stipulatione agi possit, & semel constitura per-2 petuetur, nihil interest. Alter casus hic esto: si ita stipulatio concepta sit, *Decem singulos in annos dabis?* omissis his verbis, *quoad vivam.* Hic illud primum tenendum est, effectu nihil interesse, utrum quis decem in singulos annos, an decem annua, an decem quotannis, aut singulis annis stipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utare, *l. 8. §. si in singulos 23. de transact. l. 12. §. novissimè 6. quand. dies leg.* Deinde in hac stipulatione adjectionem annorum non efficere, quominus statim nascatur obligatio & actio, *arg. hujus §. 6.* fac. *l. 20. quand. dies leg. l. eum qui 56. §. 4. h. t.* ac proinde initio cujusque anni decem tamquam purè promissa rectè peti. Ratio est, quia annorum adjectio non differendi, sed multiplicandi causa facta intelligitur, idque ex eo apparet, quod nisi anni adjecti essent, intelligeremus, summam semel tantùm deberi, non sæpius. Non idem juris est, cùm quid promittitur hoc anno, hoc biennio, & semel: quoniam in re, quæ etiam anno non adjecto deberetur, non potest intelligi annus adjectus, nisi obligationis differendæ causa, *l. qui hoc 42. h. t.* Aliud quoque est, cùm aper-3 tè obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur: veluti si centum à te stipulatus sim, & convenerit inter nos, ut eam divisis trium annorum pensionibus præstares, hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest: eademque ratio est sequentium, *l. lecta 40. de reb. cred. l. 3. de ann. legat. l. si cui 49. de legat. 1.* Postremo annuam stipulationem unam esse & perpetuam, ita ut ad hæredes quoque obligatio transmittatur, *l. 6. §. 1. hoc tit. argum. l. 13. C. eod.* Moller. *5. semest. 48.* quamvis id neget Bart. *arg. l. sancimus 34. §. ult. versic. sin autem, C. de donat.* Nam, ut benè observaverunt Contius & Cujacius in eo versiculo corruptè legitur, *vel adjiciatur tempus vitæ*: eo enim modo si legas, pugnabit ex diametro d. versiculus cum principio §. itaque omnino legendum *vel non adjiciatur*, ut Græci *lib. 47.* βασιλικῶν. Multum ergo differt stipulatio in singulos annos à simili legato. Le-4 gatum annuum multiplex est *l. 10. quand. dies leg. l. 11. de ann. leg.* neque infinitum tempus habet, sed morte legatarii finitur, *l. 4. d. tit. l. 16. §. 1. hoc tit.* Sic enim jus est, cùm annuum aut in annuos singulos legatur, ut primi quidem anni jam cœpti legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario, ad hæredem ejus legatum illius anni transeat, sequentium verò annorum legata conditionalia existimentur, iisque inesse videatur hæc conditio, si legatarius vivet, ejusque tantùm anni legatum transmittatur, quo legatarius vixit, *l. 4. l. 8. de ann. legat.* Unde etiam illud est, quod per singula legata excutitur persona legatarii, an jus capiendi habeat, *l. 11. d. tit.* Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una est, *d. l. 16. §. 1. hoc tit.* ut tamen si plurium pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum, *l. si à colono 58. de fidejuss.* Hinc fit, ut conditio stipulatoris semel tantùm & initio contractus inspiciatur, *l. senatus 35. §. ult. de mort. ca. don. l. si filiusfam. 78. hoc tit.* Cujus differentiæ hic effectus, ut si verbi causa servus cui annuum legatum est, primo aut altero anno post mortem testatoris consequatur libertatem, sequentium annorum legata sibi acquirat, *l. 12. §. 2. quand. dies leg.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione, *d. l. si filiusfam. 78. &* d.

d. l. senatus 35. §. *ult.* Postremo, ut jam diximus, stipulatio in singulos annos perpetua est, nec morte stipulatoris finitur, *d.l.*16. §. 1. *hoc tit.* Cur tam variè? Nimirum quia testator in legato annuo, etsi non adjecerit, *quoad vivit legatarius*, soli tamen legatario consulere voluisse creditur, non hæredi ejus. Præsumptio ex eo, quoniam legata vel ob meritum personæ legatarii, vel ob testatoris erga eum benevolentiam relinqui solent, *l.* 9. *cum seq. pro soc.* quoniam neutrum in hæredem legatarii, utpote quem testator non novit, cadere potest. At in conventionibus pro communi hominum effectu ea mens & cogitatio contrahentium esse putatur, ut qui sibi cavet, etiam hæredibus cautum velle intelligatur, nisi contrarium probetur; *l.* 9. *de probat.* Planè si causa obligationis cohæreat personæ stipulatoris, veluti si quid annui in alimenta alicui promissum fuerit, aut si medicus certam summam annuam stipuletur, *l.* 10. §. 1. *de ann. legat.* dicendum est, tali stipulatione personam hæredis non contineri, ideoque si petat, doli mali exceptione posse submoveri. Tertius & postremus casus sit, qui hic proponitur, si quis stipuletur, decem annua, *quoad vivet*, sibi dari. Justinianus expressè ait, hoc casu obligationem purè factam intelligi, atque etiam perpetuari, quoniam ad diem obligatio constitui non potest. Quamobrem quod proprium est puræ obligationis, ex hac stipulatione similiter, ut ex superiore, confestim seu initio cujusque anni rectè agetur, nec morte stipulationis finietur obligatio. Cæterum hoc inter hunc & præcedentem casum interest, quod hìc hæredes stipulatoris petentes pacti conventi exceptione repellantur, propter verba illa, *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationis causa adjecta esse constat, *l.eum qui* 56. §. 4. *hoc tit. l. obligationum* 44. §. 1. *de obl. & act.* illic obligationis effectus etiam post mortem duret, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.*

TEXTUS.

De Conditione.

4. *Sub conditione stipulatio fit, cùm in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio. Veluti*, Si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur*, Si in Capitolium non adscendero, dare spondes? *perinde erit ac si stipulatus esset cùm moreretur sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantùm spes est debitum iri: eamque ipsam spem in hæredem transmittimus, si priùs quàm conditio extet, mors nobis contigerit.*

NOTÆ.

4. *Perinde ac si cùm moreretur*) In eo utraque hæc stipulatio convenit, quod ex neutra ante mortem agi potest: cæterum illa, *Si in Capitolium non adscendero*, conditionalis est, & obligationem differt: altera verò, *cùm moriar*, in diem, quæ non differt obligationem, *l.*17. *& seqq. de cond. ind.*

In hæredem transmittimus) Ut existente postea conditione etiam hæres stipulatoris agere possit, *l.* 57. *hoc tit.* fac. *l.* 8. *de per. & commod. rei vend.* Non idem est in conditionalibus legatis, *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* Cur tam variè? Quia stipulationes etiam conditionales ex præsenti vires accipiunt, quamvis obligatio & petitio in suspenso sit, *l.* 26. *de stip. serv. l.* 144. §. 1. *de reg. jur.* Legata autem demum cùm deberi incipiunt, *d. l.* 4. *&* 5. *l. un.* §. *de cad. toll.* Unde & aliæ differentiæ, de quibus in *l.* 42. *de obl. & act. l.* 27. *qui & à quib. man. l.* 78. *hoc tit. l.* 18. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit conditio & quotuplex? tum quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant?*
2 *Etiam promissiones, quibus tacitè conditio inest pro conditionalibus esse.*
3 *In conditionibus arbitrariis quid juris?*
4 *De cautione Muciana, & an ea quoque locum habeat in contractibus?*
5 *Pendente conditione nihil dum deberi; & quæ inde consequentia?*
6 *Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia.*
7 *An id discrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias?*

HActenus dictum de stipulatione pura, & ea, quæ fit in diem: sequitur ea, quæ fit sub conditione. Conditio, ut alibi quoque definivimus, est adjectio, quia id quod dari aut fieri volumus, confertur in aliquem casum: ad quem modum etiam hìc definitur. Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio, & casus, sive incertus eventus. Ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur, §.*pen. inf.eod.* & quas certum est omnimodo exstituras esse, veluti si stipuler mihi dari, *si morieris; si Calendis sol orietur*, *l.* 18. *de cond. ind. l. hæres* 79. *de cond. & dem. l.* 9. §. 1. *de novat.* pro conditionibus non

non sunt habendæ. Enimverò quidquid adjectum rem in incertum eventum differt, id sive arbitrarium est, sive fortuitum, sive mixtum ex utroque, stipulationem facit conditionalem, *l. centesimis 46. §. 2. l. quidquid 99. §. 1. l. à Titio 508. l. ita stipulatus 115. §. 1. & 2. h. t. l. 2. l. 7. de cond. & dem.* Atque hinc nata distinctio vulgo recepta, quod conditiones quædam sint casuales, quæ scilicet à solo casu dependent, veluti, *Si Titius consul factus fuerit, vel non fuerit.* Quædam potestativæ, quarum impletio in potestate reorum est, ut, *Si Capitolium adscenderis, vel non adscenderis.* Quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut, *Si Mæviam uxorem duxeris.* Duæ omnino conditiones sunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt, conditio impossibilis in faciendum concepta, *l. 7. h. t. §. impossibilis 11. inf. de inut. stip.* & ea, quæ in arbitrium rei promittendi apertè collata est, *l. 17. d. l. 46. §. ult. d. l. 108. §. ult. hoc tit. l. 8. de obl. & act. l. 13. C. de cont. empt.*

Cùm in casum differtur obligatio) Atque ideo, existente demum casu, in quem dilata est, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligitur, *l. cedere 213. de verb. signif.* Differtur autem obligatio in casum non tantùm conditione conventionis expressa, ut in exemplis hìc propositis, sed etiam intellecta seu tacitè comprehensa. Quod ex rebus ipsis intelligitur. Puta vel ex incerto tempore, veluti si dies incertus stipulationi adjectus fuerit, qui an exiturus sit, ignoretur, de quo dictum §. 2. vel ex demonstratione rei promissæ in futurum collata. Ut in hac conceptione, *Stichum, qui hoc anno tuus erit, dare spondes? L. 6. de legat. 1. l. nuper 85. de legat. 3.* item in hac, *quod patrem meum debere constiterit, dare spondes? L. qui Romæ 122. §. Aggerius 4. hoc tit.* vel ex rei promissæ natura: veluti cum promittitur res, quæ nondum est in rerum natura; utrum autem futura sit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis est promissio fructuum, qui in fundo nascentur, *l. interdum 73. hoc tit.* item promissio dotis, cui inest hæc conditio, si nuptiæ sequantur, *l. 21. de jur. dot.* Itaque has etiam conventiones, & si quæ sunt similes, sciamus conditionales esse.

Committatur stipulatio) Committi stipulatio dicitur existente conditione, sub qua stipulatio facta est, ut jam ex ea agi possit, *l. ita stipulatus 115. §. 1. & 2. l. qui Romæ 122. §. Aggerius 4. hoc tit.*

Si in Capitolium non adscendero) Jurisconsulti cùm de conditionibus tractant, creberrimè his exemplis utuntur, *Si in Capitolium adscenderis*, aut, *Si in Capitolium non adscenderis.* Quod ex consuetudine Romanorum fluxit, qui precaturi aut sacra facturi una cum Pontifice in sacram arcem scandebant. Horat. 3. *carm. ad Melpomenen. Od. 30. v. 6.*

Non omnis moriar, multaque pars mei
Vitabit Libitinam. Usque ego postera
Crescam laude recens, dum Capitolium
Scandet cum tacita virgine pontifex.

Tacit. *lib. 14. cap. 61. Ex in Capitolium scandunt, Deosque tandem venerantur.* Plin. *in paneg. cap. 5. Tibi adscendenti de more Capitolium civium clamor, ut jam Principi occurrit.* Plura hujusmodi in veterum scriptis observavit D. Duar. *1. disp. 15.*

5 *Ac si stipulatus, cùm moreretur*) In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo sunt conceptæ, expectatur, donec certum atque exploratum sit, fieri amplius non posse. Ut ecce, si hoc modo stipulatus fuero, *Si intra biennium Capitolium non adscenderit, dari spondes?* non nisi præterito biennio rectè petam, *l. quidquid 99. §. 1. hoc tit.* Idem est, si conditio in dando posita sit, dummodo stipulatio à conditione incipiat: veluti si sit ita cautum, *Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* nam & hic responsum est, non ante committi stipulationem, quàm si Pamphilus desiisset posse dari, *l. ita stipulatus 115. §. 2. eod.* Dixi, si stipulatio dandi à conditione cœpit: nam si non à conditione, sed ab alia pactione cœperit, veluti si ita fuerit concepta, *Pamphilum dari spondes? si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* committitur stipulatio simul ac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit, *d. l. 115. §. 2.* His consequens est, si simpliciter sic fuerit concepta stipulatio, *Dabis, si in Capitolium non adscenderis?* post mortem demum rei promittendi stipulationem committi; quandoquidem tum demum certum esse cœpit, in Capitolium eum adscendere non posse, *d. l. 115. §. 1.* Quod si conditio non faciendi in personam rei stipulandi collocata fuerit, ut in exemplo hic proposito, illius mors expectanda erit. Et itaque illo casu hæres promissoris demum conveniri poterit, hoc demum agere hæres stipulatoris.

4 In legatis sub conditione non faciendi collata in potestatem legatarii aliud servatur, placetque desiderante legatario, statim repræsentari legatum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator fieri noluit; si contra fecerit, rem una cum fructibus restituturum: quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa & com-

composita est Muciana dicta, *l.* 7. *l.* 18. *l. hæres* 79. §. 2. *de cond. & dem.* Quæ verò ratio est, quod hæc cautio in legatis & hæreditatibus admissa, in contractibus non item? nimirum quia voluntati testatoris satisfieri intelligitur, modo ne peccetur contra conditionem, quod solum testator creditur spectasse. In stipulationibus autem sine injuria promissoris admitti non potuit. Nam qui promittit sub hujusmodi conditione, *si in Capitolium non adscendero*, satis apertè hoc agit, ut ne ipse unquam conveniatur, sed demum ipsius hæres: & eadem conditione in personam stipulatoris collata, ne stipulator unquam petere possit, sed, illo mortuo, hæres ejus: & alias quoque in ambiguo secundum promissorem interpretatio fit, & stipulatori imputatur, quod non apertius stipulationem conceperit, *l. quidquid* 99. *h. t.* Aliam rationem reddit Ant. Fab. 2. *conj.* 16. quod nisi hæc cautio inventa esset, legata sub conditione non faciendi interciderent: quam & olim Porcius attulit, & solidiorem esse nonnulli existimant. Sed hæc ratio in hæreditatibus valere potest; in legatis falsa est: quippe cum, ut ad hæredem legatum transferatur, sufficiat, moriente legatario diem legati cedere, *l. ult. de cond. inst.* Gomez. 2. *res.* 11. *n.* 37. Cujac. 14. *obs.* 22.

Ac si cùm moreretur) Hoc magna indiget cautione. Nam similitudo harum cautionum, *Si Capitolium non adscendero, dare spondes?* & *Dabit, cùm moriar?* in eo dumtaxat consistit, quod ex neutra cum promissore agi potest ante mortem stipulatoris; cætera sunt dissimiles. Quippe prior illa conditionalis est, non actionem tantùm, sed etiam obligationem differens; altera in diem, ex qua licet ante diem non rectè agatur, præsens tamen obligatio est, *l. nam si* 17. *cum l. seq. de cond. ind.*

5 *Tantùm spes est debitum iri*) Vis conditionis omnis hæc est, ut pendente ea nihil dum debeatur, ea impleta perinde habeatur, ac si ab initio purè debitum fuisset: deficiente quasi nulla unquam fuisset obligatio, *l.* 16. *de cond. ind. l.* 26. *de cond. inst. l.* 5. §. 2. *quand. dies leg. l. cedere* 213. *de verb. sign. l.* 8. *de per. & com. rei vend. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign.* Cùm itaque pendente conditione necdùm ulla obligatio nata sit, consequens est, id quod sub conditione debetur, ante eventum conditionis non rectè solvi, ac proinde si pendente conditione solutum sit, repeti posse, *d. l.* 16. *l.* 17. *l. qui promisit* 48. *de cond. ind. l. stipulatio* 38. §. *interdum* 16. *h. t.* eademque ratione nec novari poterit, aut constitui, nisi hac lege, ut eadem conditio expectetur, *l.* 14. §. 1. *de novat. l. id quod* 19. *de pec. const.* Hinc intelligitur, quantum intersit inter stipulationem in diem, & conditionalem.

Eamque spem in hæredem transmittimus) Si pendente conditione aut stipulatori aut promissori quid humanitus contingat, nihilhominus in suspenso manet obligatio, atque existente postea conditione stipulatio committitur, ut aut hæres stipulatoris agere, aut hæres promissoris conveniri possit, §. *pen. inst. de inut. stip. l. si quis* 57. *hoc tit. l. in quantitate* 73. §. 1. *ad leg. Falc.* fac. *l.* 8. *de per. & commod.* Non obstat regula juris veteris, quæ vetabat, obligationem ab hærede aut contra hæredem incipere. Nam conditio existens retrotrahitur ad tempus contractus: hoc est, ubi semel extitit conditio, perinde habetur, ac si ab initio sine conditione obligatio contracta fuisset, *l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign. d. l.* 8. *de peric. & comm.* Cum ergo diversum jus sequimur in conditionalibus legatis, placetque mortuo ante eventum conditionis legatario ad hæredem ejus nec spem ullam transmitti? *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg. l. un.* §. *sin autem* 7. *C. de cad. toll.* Cur, inquam, cùm tam ex causa legati conditionalis, quàm ex simili stipulatione spes sit debitum iri, non æquè spes illa transmittitur in hæredem legatarii, atque in hæredem stipulatoris? Nimirum ideo, quia cùm beneficia suprema voluntate ob merita plerumque dari, aliamve ob causam solent, propter quam ad complectendum aliquem afficimur, *leg.* 9. *pro soc.* existimandum est, testatorem in legando personam tantum legatarii cogitasse, eique soli non etiam hæredi ejus, qui incertus est, beneficium conferri voluisse. At in pactis & contractibus non tam ad personas paciscentium, quàm ad rem familiarem respicitur, crediturque quisque eo animo esse, ut non tantùm sibi, verùm etiam hæredibus suis prospectum velit, *l.* 9. *de probat.* add. Gomez. 2. *res.* 11. *n.* 12. D. Tuld. *comm. hic, cap.* 7. Ad hæc contractus etsi conditionalis est, tamen ex præsenti vires accipit, *l.* 26. *de stip. serv.* argumento est, quod jam ab initio hactenus personas contrahentium adstringit, ut alteri invito altero non liceat ab eo recedere, *l.* 5. *C. de obl. & act.* Unde quoque est, quod eum, qui sub conditione stipulatus est, etiam pendente ea, placet, creditorum numero in quibusdam causis haberi, *l.* 10. *l. conditionales* 54. *de verb. sign. l.* 4. *de reb. auct. jud. poss. l.* 9. §. 1. *l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign. l. filiusfam.* 78. *hoc tit. l.* 16. *de solut.* in quo item dissimilis cau-

causa est ejus, cui sub conditione legatum est, *l. is cui* 42. *de obl. & act.* Cujac. *in d. l.* 10. *de verb. signific.* VINN. Et hanc posteriorem rationem breviter inculcat Paullus *l. ult. ff. comm. prædio. Nec enim sicut viventium, ita & defunctorum exitus suspendi receptum est.* Quæ verba eleganter interpretatur D. Huber. *Prælect.* ad *Inst. hoc tit.* §. 3. HEIN. Enimverò quod hic simpliciter traditum est, ex conditionali stipulatione, quæ spes est debitum iri, eam ad hæredem stipulatoris transmitti, id plerique opinantur ad eas dumtaxat conditiones pertinere, quæ à casu pendent: arbitrarias autem morte ejus deficere, in cujus potestatem collatæ sunt, *argum. l. qui hæredi* 44. *l. si expressum* 69. *l. à testatore* 109. *de cond. & dem. l. si ita* 65. §. 1. *de legat* 1. Gail. 2. *obs.* 2. Verùm ego putarem, in contractibus distinguendum esse inter ipsas conditiones arbitrarias, ut siquidem factum contineant cohærens personæ, ut alias in opponendo persona solummodo spectata sit, earum implendarum jus ad hæredem non transeat. At si talis sit conditio, quæ eodem modo ab hærede impleri possit, puta si in dando consistat, hic quia non videtur persona operave personæ spectata, dicam, jus implendæ conditionis licet arbitrariæ ad hæredem stipulatoris transmitti. Nam cùm hujuscemodi conditio per quemvis alium nostro nomine impleri possit, cur non & per hæredem possit, qui eadem persona cum defuncto habetur? *l. ult. de cond. inst.* fac. *l. diem* 27. §. 1. *de recept. arb. l. si prædio.* 15. *de in diem. addict. l.* 8. *de per. & comm. rei vend. l.* 2. *C. de pact. inc. empt.* vid. Duar. *in Scævol. n.* 14. *& seqq.* Cujac. *in l. si quis* 57. *hoc tit.* D. Tuld. *comm. hic, cap.* 9.

TEXTUS.

De loco.

5. *Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti*, Carthagini dare spondes? *Quæ stipulatio licet purè fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur*, hodie Carthagini dare spondes? *inutilis erit stipulatio, cùm impossibilis sit repromissio.*

NOTÆ.

5. *Impossibilis repromissio*) Cujus tamen *l. ult.* §. 4. *h. t.* casum proponit, quo etiam talis stipulatio utilis esse potest.

COMMENTARIUS.

Hujus tituli §. 2. cùm de stipulatione in diem ageremus, diximus, esse quasdam stipulationes, quæ licet verborum figura puræ sint, tamen ad stipulationes in diem factas referri debeant, propterea quod tacitè tempus complectantur, atque ex re ipsa dilationem habeant: cujus generis etiam ea est, de qua hic agitur, cùm locus stipulationi insertus est.

Re ipsa dilationem habet) Cùm stipulamur quid dari certo loco, puta Carthagini aut Ephesi, stipulatio verbis pura ex re ipsa dilationem capit: inest enim tacitè tempus, quo Carthaginem aut Ephesum perveniri possit: nam alioqui præstatio sit impossibilis, *l. eum qui* 41. §. 1. *l. interdum* 73. *l. continuus* 137. §. 2. *hoc tit. l.* 2. §. *qui ita* 6. *quod cert. loc.* Quodnam verò tempus hic accipi oporteat, eleganter nos docet Venulejus *d. l. continuus* 137. §. 2. nimirum totam eam rem ad judicem, id est, virum bonum, remittendam esse, qui æstimet, habita ratione temporis, πρὸς τὸ τῆς ὁδοῦ διάστημα, ætatis, sexus, valetudinis quanto tempore diligens paterfam. conficere possit, quod facturum se promisit.

Si quis Romæ, &c.) Si quis Romæ stipuletur, *Hodie Carthagini dari*, inutilem esse stipulationem placet, *d. l.* 2. §. *qui ita* 6. *quod cert. loc.* optima ratione, quia tali stipulatione causa impossibilis continetur. Neque enim qui Romæ est, intra unum diem potest Carthaginem pervenire: nisi verò eo pervenerit, Carthagini dare non potest. Igitur impossibilitas præstationis inutilem in casu proposito stipulationem facit, perinde quasi impossibilis conditio adjecta sit, cujus adjectione stipulationem cæterosque contractus vitiari constat, *l. non solum* 31. *de obl. & act. l.* 7. *h. t.* §. *si impossibilis* 11. *inst. de inut. stip.* Diverso jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet, conditionem impossibilem, aut spatium temporis ad dandum impossibile, pro non adjecto haberi, *l.* 1. *l.* 6. *de cond. inst. l.* 3. *de cond. & dem. l.* 12. §. 1. *de legat.* 1. Diversitatis ratio alibi à nobis indicabitur, *d.* §. *si impossibilis* 11. Cajus *l. ult.* §. *si inter* 4. *hoc tit.* casum proponit, quo etiam stipul[illegible] hæc Romæ facta, *Hodie Carthagini dare* valere potest, nempe si tam stipula[illegible] m promissor ante aliquod tempus [illegible]que dispensatori notum fecerit, in [illegible]m futuram stipulationem, addito m[illegible], ut alter daret, alter acciperet.

TEXTUS.

De Conditione ad tempus præsens vel præteritum relata.

6. Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti, Si Titius consul fuit: *vel*, Si Mævius vivit, dare spondes? *Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.*

NOTÆ.

6. Ad præsens, vel præteritum tempus) Conditiones ad præsens, vel præteritum tempus relatæ revera conditiones non sunt, sed tantùm κτὶ τὸ λέγεσθαι & figura verborum, *l.* 37. & 39. *de reb. cred. l.* 120. *hoc tit.*

Nihil valet stipulatio) Ex his verbis intelligitur, quomodo accipiendum, quod modo dixit, *statim infirmant obligationem.*

Licet apud nos incerta) Dummodo jam sint, cur præterierint: ut si non à nobis, saltem ab aliis sciantur, *l.* 38. *de reb. cred.* Nam in futuris, quæ & ipsa in rerum natura certa sunt, non rerum naturam, sed nostram intuemur inscitiam, *l.* 21. §. *ult. de judic.* quia futura nulli mortalium cognita. Demosth. *orat. de Rhod. lib.* ἄδηλον τὸ μέλλον ἅπασιν ἀνθρώποις.

COMMENTARIUS.

In futuris scientiam nostram inspici, non rerum naturam; in præsentibus & præteritis contra.

Conditionis proprium est, rem in aliquem casum, id est, in incertum eventum differe, §. 4. *sup.* Id autem fit, cùm oratio in futurum confertur, non cùm in tempus præsens aut præteritum: nam futura tantùm incerta sunt, præsentia & præterita certa, etsi contrahentes veritatem ignorent. Et ideo placuit, sermonem ad præsens vel præteritum tempus relatum vim conditionis non habere; veluti, si quis dixerit, *Si Rex Parthorum vivit, si Cæsar victoria potitus est.* Sed in proposito aut statim obligationem perimi, aut omnino non differri. Perimi, si ita non sit, si Rex Parthorum non vivit, Cæsar non vicit: non differri, si ita sit, *l. conditio* 100. *l. si ita* 120. *hoc tit. l.cum ad.* 37. *cum* 2. *seqq. de reb. cred.*

Conditiones, quæ ad præsens) Hæ orationes, *Si Titius consul factus est, Si Mævius vivit*, & similes, quæ ad præteritum aut præsens tempus referuntur, vi & potestate conditiones non sunt: quoniam obligationem non differunt, sed efficiunt, ut statim aut nihil debeatur, aut purè debeatur: nihil, si falsæ; purè, si verè. Pugnant autem, purè deberi, & sub conditione. Appellantur tamen & ipsæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales sunt, ut significatur in *l. Cornelius* 69. *de hær. inst. l. itaque* 39. *de reb. cred.* Licebit itaque hic uti eadem distinctione, qua Logici utuntur in relatis,ut dicamus esse quasdam conditiones secundum esse, quæ scilicet verè tales sunt, & obligationem suspendunt, cujusmodi sunt, quæ in futurum conferuntur: quasdam secundum dici, quæ figuram duntaxat conditionis habent, vim & potestatem non obtinent, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum est exstituras esse, veluti si quis stipuletur sibi dari, *Si Titius morietur*, *l.* 9. §. 1. *de novat. l.* 17. *cum seqq. de cond. ind.* VINN. Non magis propriè conditionis nomen meretur conditio impossibilis, partim quod ea obligationem non suspendit, sed perimit, partim, quia eventus jam antea certus est, nempe quod conditio nunquam sit exstitura. Ergo & hæc propriè dicitur conditio. HEIN.

Aut statim infirmant obligationem) Modestin. *l. conditio. hoc tit.* 100. *perimunt.* Quod abusivè dici constat. Nam si rem spectamus, falsum id est, cùm obligatio perimi non possit, quæ nulla est. Sed cùm ignorantiam nostram spectamus, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspenso est, utrum conditio extiterit, nec ne: cujus ipsius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi aut infirmari,cùm apud nos certum esse incipit, conditionem esse falsam.

Nihil valet stipulatio) Quod modo dixit, statim infirmari obligationem, id quomodo accipiendum sit, ex his verbis intelligitur, nimirum si hæc conditio, *Si Mævius vivit*, falsa sit, statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere, *l.* 37. *de reb. cred.*

Quæ per rerum naturam certa sunt) Dummodo jam sint aut præterierint, ut etiam ab hominibus licet non omnibus sciantur, *l. respiciendum.* 38. *de reb. cred.* Unde apparet non rectè cum casu hìc proposito comparari casum *l. sed etsi.* 28. §. *ult. de jud.* & *l.* 3. *si pars hær. pet.* Nam quod in utero est, adhuc futurum est, ac nemo hominum scire potest, unusne an plures, & quot in utero sint, & an nasci turi sint; ut merito in eo inscientiam nostram intueri debeamus, non rerum naturam, cui

cui alicui etiam certa, quæ futura sunt, *d. l.* 28. §. *ult. de judic.* quamquam in specie illic proposita variasse Jurisconsultos, constat ex *l. cum quidam.* 30. §. *suum. C. de acq. hær.* & distingui etiam potest inter obligationem seu jus petitoris, quod ex eventu ejus rei, quæ in conditione est, solùm pendet, de quo hìc quæritur; & petitionem, quæ in judicio instituitur, & probationem etiam ejus, quod accidisse dicimus, desiderat, de qua agitur in *d. l.* 28. §. *ult. de judic.* Nam & in terminis hujus §. si ad judicem itum fuerit, quamdiu is ignorat, vivatne verbi gratia Mævius, necne, sententiam secundum petitorem aut promissorem ferre non poterit, licet per se verum sit & certum, valere aut non valere stipulationem. Nec tamen ideo Hotomanno assentior, qui putat, hujusccemodi stipulationem, *Si Mævius vivet, dare spondes?* quamvis id per se verum sit, non pro pura habendam esse, sed pro concepta in diem. Puram enim eam esse ostendit hic locus, & *l. conditio.* 100. *hoc tit.* siquidem pura dicenda est, quæ obligationem omnino non differt, id est, cujus dies & cessit & venit. *l. cedere diem.* 213. *de verb. sign.* ac proinde si stipulator statim ex tali stipulatione agat, non repelletur exceptione, nec causa cadet, aut tempus ei duplicabitur, quasi perperam agat, & plus tempore petat: sed petenti terminus ad probandum à judice dabitur, ut rectè Jo. Faber *hic.*

TEXTUS.

Quæ in stipulatum deducentur.

7. *Non solùm res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici pœna debet,* Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare spondes; *Sed si quædam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur quis, clausula hujusmodi erit adjicienda,* Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes.

NOTÆ.

7. *Sed etiam facta*) *L.* 2. *pr. eod.* In facto consistere stipulatio dicitur, non tantùm cùm quid fieri cavetur, sed etiam cùm non fieri, *d. l.* 2. §. *pen.* quamquam interdum distinguuntur, *l.* 75. §. 7. *eod.* Illa committitur exacto tempore, intra quod fieri poterat & debebat, quod promissum est, *l.* 14. *l.* 72. *l.* 84. *eod.* hæc, si quid factum sit contra quàm cautum fuit, *d. l.* 2. §. *pen. l.* 4. *eod.*

Optimum erit) Quia difficilis est incertæ rei æstimatio. Sen. 3. *de ben.* 6.

Ne quantitas stipulationis in incerto) Cùm quid fieri stipulamur, incertum stipulamur, *d. l.* 75. §. 7. Ratio est, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest, *l.* 68. *l.* 72. *eod. l.* 13. *in fin. de re jud.* hoc autem est incertum, quoniam non in jure, sed in facto consistit, *l.* 24. *de reg. jur.* utpote continens id, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l.* 13. *rem rat. hab.* quod totum incertum ac probatu difficile. Huic autem incommodo occurri potest subjecta stipulatione pœnæ, *l. ult. de stip. præt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cùm quid fieri stipulamur, cur incertum stipulari videamur?*
2 *In facti obligatione nunquam factum ita versari, ut peti possit, sed id quod interest duntaxat.*
3 *Facta hìc intelligenda nuda & simplicia, non quæ in rei alicujus præstatione consistunt: tum quid hìc juris hodie?*
4 *Id quod interest, incertum esse, & qua ratione?*
5 *Pœnæ stipulatione incertitudini obligationis occurri.*
6 *An per subjectam pœnalem stipulationem præcedens novetur obligatio?*

INsignis hic locus est propter stipulationes & obligationes faciendi. Non res tantùm, sed etiam facta in stipulationem deduci posse constat: unde quædam stipulationes in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, *l.* 2. *hoc tit.* Cùm quid fieri stipulamur, incertum stipulari videmur, *l. ubi.* 77. §. *qui.* 7. *eod.* non utique ob id tantùm, quod priusquam quid fiat, incertum est, an fiat, aut si fit, incertum quale sit: sed multo magis, quia si promissor non faciat, per moram tacita quædam potestate juris indicitur novatio & obligatio in id, quod interest, cujus quantitas est incerta, *l. si pœnam* 68. *eod.* & ideo utile est, stipulationi faciendi pœnam subjicere; quod hìc monet Justinianus, & Venulejus, *l. ult. de præt. stip.* Sed quoniam in hunc locum incidimus, age paulo plenius eum explicemus. In obligationibus faciendi ita jus est, ut licet ab initio & quamdiu fieri potest, quod promissum est, factum in obligatione versetur, unde etiam obligatio faciendi dicta; tamen numquam ita, ut id peti possit: quippe ex stipulatione faciendi placet, non ante agi pos-

posse, quàm tempus illud præterierit; intra quod fieri debuit, & potuit, quod promissum est; sed eatenus tantùm, ut promissor præstando quod promisit liberetur. Postquam autem transiit tempus, intra quod fieri poterat quod promissum est, exinde contineri incipit, solumque deberi, id quod interest, *l.* 14. *l. stipulationes.* 72. *l. si insulam.* 84. *l. si quis.* 112. §. *ult. hoc. tit. l.* 12. *in fin. de re jud.* utamen quamdiu lis nondum contestata est, placeat, promissorem paratum præstare quod promisit, adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *d. l. si insulam.* 84. Nam hic etiam locum habet, quod de emendatione moræ à Celso adolescente scriptum memorat Ulpianus *l. si servus.* 91. §. 3. *hoc tit.* facultatem offerendi mora amissam summo jure, ex bono & æquo recipi moræ purgatione. VINN. Ita quidem vulgo. Sed nulla ex adductis legibus hoc probat. Non enim quæritur, an qui factum promissum non præstitit deleat id, quod interest? Id leges adfirmant, & nemo negat. Sed quæstio est, si, qui factum stipulatus est, urgeat, ut promissa existent, an non remediis prætoriis compelli possit promissor, ut faciat, quod se facturum promisit? Et id nunquam negant leges. Adeoque falsa sunt illa quæ vulgo audiuntur; Ad factum nemo potest cogi. Item; Qui factum promisit, liberatur, præstando, quod interest. Vid. Cujac. *ad l.* 72. *ff. de V. O.* Coras. *Miscell. lib. II. cap.* 3. Perez. *Erotem. ad* §. *ult. Inst. h. t.* D. Huber. *Prælect. ad inst. h. t.* §. 5. HEIN. Cæterum ex 3 factis ea tantùm huc pertinere arbitror, quæ nuda sunt & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, operamque hominis & membrorum corporis, desiderant; qualia sunt, *Romam ire, tabulam pingere, insulam ædificare, fossam fodere*; cujusmodi in hac disputatione exemplis etiam veteres utuntur. Hæc facta, inquam, hactenus tantum in obligatione esse intelliguntur, ut faciendo debitor liberetur; peti numquam possunt, sed id solùm, quod interest; neque id statim, sed tum demum, cùm transierit tempus, quo potuit fieri quod promissum est. At si factum quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro donatione, quàm pro facto habendum puto, *argum. l. in conventionalibus.* 52. §. 1. *hoc tit.* & rem ipsam, ad quam principaliter respicitur, peti posse. Neque enim dubitandum, quin si ex causa venditionis stipulatus sim rem mihi tradi, eam ipsam rem petere possim, *l.* 11. §. 2. *de act. empt.* Utrum autem ut hoc casu res peti potest, ita & præcisè præstanda sit, an solutione ejus, quod petitoris interest, liceat defungi, alibi fortassis tractabitur. In præsentia satis est nos scire, de quo genere factorum hìc agatur, nimirum de nudis & puris, quæ extorquere ab invitis species quædam servitutis videatur. Duar. in *d. l. stipulationes.* 72. *hoc. tit.* Atque hæc communis quoque DD. sententia est, vid. Christin. *volum.* 1. *dec.* 323. Nostro hodierno jure in omnibus faciendi obligationibus promissorem præcisè cogi ad facti præstationem, tradit Groenevv. *de legib. abrog. ad l.* 13. *de re jud. per artic.* 275. *& sequ. Inst. sup. Cur. Holl. art.* 14. *& seqq. ampl. Instr. Cur. provin.* Et sanè probant hi texus, posse factum in petitionem & condemnationem deduci, quin & facere recusantem in custodia aliquamdiu detineri; quod à ratione juris Rom. alienum videtur. Utique tamen quia factum invito extorqueri non potest, si contumax esse perseverat, recurrendum tamen erit ad facti æstimationem: quod & iisdem locis expressum est.

Vel non fieri) Stipulatio in facto esse etiam illa dicitur, quod continet, quod est in non faciendo; veluti, *Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*, &c. *l.* 2. §. *pen. hoc tit.* quamquam hæc alibi, ut opposita, distinguuntur, *l. ubi.* 75. §. *qui id* 7. *eod.* Hujusmodi verò stipulationes nunquam aliter committuntur, quàm si quid factum sit contra quàm cautum est *d. l.* 2. §. *pen. l.* 4. §. *Cato.* 1. *eod.* & ideo necesse est committi in id, quod interest: siquidem ejus, quod jam factum est, nomine nihil peti potest, nisi id, quod ob id factum abest stipulari: id autem est id, quod ejus interest, contra factum non fuisse.

Optimum erit pœnam subjicere) Stipulatio faciendi incerta est; quæ incertitudo cùm non levia habeat incommoda, quo pacto ea incommoda vitari possint, utile visum est Imperatori hìc monere. Incerta est hæc stipulatio, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest. Ratio reddita à Paulo in *l. si pœnam.* 68. *hoc. tit.* Venire id quod interest & stipulatione faciendi contineri, satis antea probatum est: quare hoc pro confesso nunc sumimus. At quomodo hac ratione efficitur, 4 ut stipulatio sit incerta? Nimirum quia id ipsum quod interest est incertum, *l. ult. si quis in jus. voc.* quod etiam Paulus *d. l.* 68. vult intelligi. Est verò id quod interest incertum duplici ratione, ab eventu ipsius rei, & à probatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus quod interest. Sic enim definitur, ut sit, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus,

mus, *l. si comm.* 13. *rat. rem hab.* Ut ergo quid nostra intersit, hinc pendet, si quid amisimus ob id, quod factum non est, quod fieri debuit: aut si quid lucrari potuimus, si factum esset quod promissunm est, quod quia factum non est, lucrati non sumus: totum verò hoc incertum est, quid hic amittamur; fierique potest, ut si non fiat quod promissum est, alias plus, alias minus amittamus, interdum etiam ut nihil: secundum quæ eadem quoque ejus quod interest, æstimatio facienda, *l. si quis.* 13. *in princ. de re jud. l. si quis stipulatus.* 112. §. 1. *hoc tit.* Inde dictum, quatenus cujusque intersit, in facto, non in jure, consistere, *l. quatenus.* 24. *de reg. jur.* Ratione quoque probationis incertum est, id quod interest: neque enim facile probatu est, habuisse nos aliquid, & propter cessationem aut factum promissoris amisisse: item nos aliquid lucri facere potuisse, si factum esset quod debuit, & quia factum non sit, ideo eo lucro nos excidisse. Cùm autem id quod in vero est, probari non potest, illud incommodum sequitur, quod in quod interest, ad minimam summam deducatur, *l. ult. de præst. stipul.* Huic ergo incertitudini atque incommodis si occurri potest pœnam stipulationi subjiciendo, nemo non fatebitur, optimum esse, siquis ut fiat aliquid stipuletur, pœnam subjicere, ut si ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præstetur. Nam pœnæ stipulatio certa est & à re ipsa, & à probatione. A re, quia certa quantitas verbis stipulationis comprehensa est, à probatione, quia non alia hìc probatione opus, quàm ut de stipulatione doceatur; quæ ipsa se ostendit, quid complectatur. Neque verò hìc pœnam promissor effugiet paratus præstare quod interest: nam ex conventione pœnæ modus statuitur, non ex taxatione ejus quod interest, nec amplius quæritur, an & quanti intersit, sed an tantùm pœnæ nomine promissum sit, *l. stipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *hoc tit.* §. *alteri* 18. *infr. de inut. stip.* Verissimum igitur est, quod mox sequitur apud Justinianum, stipulationem pœnæ subjectam stipulationibus faciendi efficere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, & ne sit necesse actori probare quod sua intersit.

6 Illud non ineleganter quæritur, an per subjectam stipulationen pœnalem præcedens novetur obligatio, quod negamus, per *l.* 10. §. 1. *de pact. l. ita stipulatum.* 115. *in fin. pr. l. qui Romæ.* 122. §. 2. *hoc tit. l. si quis* 41. *cum seq. l. duo.* 71. *pro soc. l. prædia.* 28. *de act. empt.* Idque etiam certa ratione juris efficitur, quoniam pœnæ adjectione hoc agitur, ut magis incitetur debitor ad præstandum, quod promisit: creditor verò liberetur difficultate probandi ejus, quod sua interest factum suo tempore quod promissum est, non ut agendi, si velit, ex priore obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maximè jure veteri interdum novatio contigerit, puta ut vult D. Donell. *ad d. l. ita stipulatus.* 115. *n.* 31. in casu hujus §. cùm stipulationi faciendi subjicitur pœnalis, per *l. obligationum.* 44. *in fin. de obl. & act.* effectum tamen ex constitutione Justiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quàm si id nominatim convenerit, *l. ult. C. de novat.* Quamobrem utrumque in proposito debetur, & res aut id quod interest, & pœna, quamquam alterum dumtaxat peti potest, *l.* 4. §. *Labeo.* 7. *de dol. mal. exc. l.* 10. §. 1. *de pact. d. l. ita stipulatus* 115. *hoc tit. l. si pro fundo* 33. *C. de transact.* Hoc amplius, qui pœnam consecutus est, rectè adhuc petet, quod pluris sua interest, *d. l. prædia.* 28. *de act. empt. l. ult.* §. *ult. de eo per quem fact. erit, &c.* Quod si coercendo contemptui pœna adjecta sit, vel conventioni incerta clausula, *rato manente pacto.* & res ipsa peti poterit, & præterea pœna, *l. si quis.* 30. *de recept. l.* 16. *de transact. l. cum proponas* 17. *C. eod.* D. Tulden. *hic cap.* 4. Monendi obiter sumus stipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitatis præsumi in fraudem usurarum factam, atque improbari, quatenus pœna legitimum usurarum modum excedit, *l. pœnam.* 44. *de usur. l. cum allegas.* 15. *C. eod. l.* 13. §. *ibid.* 26. *de act. empt.* add Papon. *lib.* 12. *tit.* 9. Charond. *lib.* 6. *resp.* 59. Imbert. *enchirid. verb. pœna conventionalis.*

Clausula hujusmodi) Qua formula accipienda sit pœnalis stipulatio, sive quid fieri stipulemur, sive quid non fieri, sive simul quædam fieri, quædam non fieri, ex hoc loco satis perspicuum est: adde tamen *l. cum quid.* 71. *l. continuus* 137. §. *pen. hoc tit.*

TITULUS DECIMUS SEPTIMUS.
DE DUOBUS REIS STIPULANDI, ET PROMITTENDI.

Dig. Lib. 45. *Tit.* 2. *C. Lib.* 8. *Tit.* 40. *Nov.* 99.

Continuatio. Reos olim appellatos omnes, quorum de re disceptabatur.

IN duobus reis, quos Ulpianus *l.* 3. §. 3. *de lib. legat.* correos appellat, si sequeremur regulas juris de iis, qui stipulati sunt, aut promiserunt, non erat, cur de his ageretur separatim. Nunc autem quia in his aliquid singulare est, quod à jure reliquorum stipulatorum & promissorum longè dissidet, ideo quidnam id esset, proprio titulo exquiritur; quod & factum est in *π*. & *C.* Reus à re, id est, lite dictus est, eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero *lib.* 2. *de Orat. cap.* 34. *Reos appello*, inquit, *non modo eos, qui arguuntur, sed omnes quorum de re disceptatur.* Gallus Ælius apud Festum, *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive egit, sive cum eo actum est.* Pomponius *l.* 5. *de verb. oblig. Conventionales* (stipulationes) *sunt, quæ ex conventione reorum fiunt.* Et quamquam usu nunc obtinuit, ut is solus, cum pro agitur sive unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam scilicet, quia de re ejus præcipuè judicio agitur, utpote cui soli immineat periculum condemnationis; tamen verbi proprietatem in quibusdam adhuc retinemus: nec solùm reum promittendi, debendi, satisdandi, verùm etiam stipulandi, credendi, satis accipiendi, dicimus; ut passim in tit. hujus argumenti.

TEXTUS.
Quibus modis duo rei fieri possunt.

Et stipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, Spondeo, *ut puta cùm duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat*; Utrique vestrum dare spondeo. *Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt*: Mævi, decem aureos dare spondes? & Seji, eosdem decem aureos dare spondes? *si respondeant singuli separatim*, Spondeo.

NOTÆ.

Utrique vestrum dare spondeo) Igitur duo rei stipulandi sunt, qui eamdem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur, §. *prox.*

Singulis separatim spondeo) Aut *spondemus l.* 4. *hoc tit.* Duo ergo rei promittendi sunt, quorum singuli eamdem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *eod.* & *d.* §. *prox.* Sed hodie duo rei promittendi non fiunt, nisi id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneatur, *auth. hoc ita C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Duorum reorum stipulandi definitio, ejusque definitionis explicatio.*
2 *Duo rei promittendi qui, & in quo discrepent à fidejussoribus?*
3 *Orationis distributivæ & alternativæ hanc vim esse, ut cuilibet attribuatur in solidum, copulativæ non item.*
4 *Jure novissimo non aliter duos reos debendi fieri, quàm si id specialiter actum.*

ET *stipulandi & promittendi*) Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi, *l.* 1. *h. t.* Itaque reus stipulandi idem est, qui stipulator; reus promittendi, qui suo nomine alteri quid promisit. Cæterum ut duo rei fiant, conjunctas eodem tempore aut modico intervallo stipulationes esse oportet, *l.* 6. §. *ult. l.* 12. *pr. hoc tit.*

1 *Stipulandi ita*) Duos reos stipulandi hoc modo rectè definiemus, qui eamdem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur. Etenim ut duo rei stipulandi fiant, hæc omnia concurrere oportet, ut uterque rem unam atque eamdem stipuletur, ut ab eodem, ut in solidum, ut ea mente, ut una utrique debeatur. Et igitur sive res diversæ à duobus in stipulationem deductæ fuerint: sive unam quidem rem singuli stipulentur, sed alter verbi causa à Sejo, alter à Sempronio, vel uter-

uterque ab eodem, sed ejus rei partes, non solidum; vel solidum, sed non ea mente, ut una res singulis debeatur, sed alteri, puta res ipsa, alteri rei æstimatio, duo rei stipulandi non erunt, *hoc text.* & *seq. l. 2. l. 9. §. 1.* & *2. l. 15. eod. l. 3. C. eod.*

Nam si prius Titio) Hoc tamen non ita præcisè accipiendum est, quasi duo rei stipulandi ita numquam constitui intelligantur, cùm singulis separatim respondet: nam utique si hoc actum appareat, ut duo rei stipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obstare hanc respondendi formam: sicut ex converso non obstat, quominus duo rei promittendi fiant, si hoc actum sit, quod singuli separatim rogati sunt & spoponderunt, *l. 3. in fin. hoc tit.*

2 *Duo rei promittendi*) Vel ex definitione duorum reorum stipulandi intelligi potest, quinam sint & dicantur duo rei promittendi, nimirum quorum singuli eamdem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt, ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, *l. 2. l. 3. §. 1. inf. eod.* Unum amplius hic exigimus, ut qui ita promittunt, promittant principaliter, quo correus distinguatur à fidejussore. Illud tenendum est, ad constitutionem duorum reorum non esse necesse nominatim adjici, ut correi sint, ut aut solidum singulis debeatur, singulive solidum debeant; sed id ex forma etiam ipsius stipulationis æstimari, argumento est cum hic textus & *l. 3.* & *l. 4. eod.* tum quod alioqui frustra quæreretur, quod non semel quæritur, an & quando duo rei constituti videantur. Finge, duos hoc modo stipulatos esse, *Cuilibet, vel utrique nostrum dare spondes?* aut, *Quilibet vel uterque vestrum dabis?* Dicam, duorum reo-

3 rum contractam obligationem. Hæc enim vis est distributivæ, ut cuilibet attribuat actum in solidum, eadem nimirum, quæ & alternativæ, *l. 8. §. 1. de legat. 1.* Copulativa verò per se eam vim non habet. Unde si duo conjunctim decem stipulati sint, aut promiserint, singulis partes viriles debebuntur, aut singuli debebunt, nisi repetitum sit *eadem decem*, *hoc text.* & *l. 2. eod.* aut nominatim cautum, ut duo rei sint, seu ut singulis solidum debeatur, aut singuli solidum debeant, *l. 11. §. 1.* & *2. eod.* Planè post constitutionem Justiniani,

4 *Nov. 99. cap. 1.* unde *auth. hoc ita, C. hoc tit.* non aliter duo rei debendi (de correis credendi nihil novi constitutum) facti intelliguntur, quàm si id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneretur: quod ideo fortassis Imperator constituit, quoniam ex sola verborum figura hanc rem discerni periculosum existimavit. Gudelin. 3. *de jur. nov. cap. 11.* & *lib. 4. cap. 7.* Christin. *volum. 5. dec. 213.* Gail. *obs. 28. num. 6.*

TEXTUS.

De effectu hujuscemodi stipulationum.

1. Ex hujusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur, & promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem, & omnes liberas.

NOTÆ.

1. *Et stipulationibus*) Cujac. & Hotom. *stipulantibus.* Theoph. *καί τῶν ἐπερωτώντων ἑκάστῳ τὸ ὁλόκληρον ὀφληθήσεται,* & *stipulantium singulis solidum debetur.* Rectè.

Vel alter solvendo) *L. 3. in fin. h. t.* vel acceptum rogando, *d. l. 2. l. 16. de accept.* novando, seu alium debitorem dando, *per l. 30. ad SC. Vell.* jurando, *l. 28. de jurejur.* non autem paciscendo: nisi aut socii sint, aut nominatim alter alteri quoque paciscantur, *l. 21. §. ult.* & *44. ll. seqq. de pact.*

COMMENTARIUS.

1 *Jure novissimo correis debendi competere beneficium divisionis. In foro tamen mercatorum hoc non observari.*
2 *Non solùm solutione uni ex duobus reis credendi facta, sed etiam quovis alio modo, qui vice solutionis fit, promissore ab uno liberato, totam tolli obligationem.*
3 *Uno ex duobus reis promittendi solvendo, acceptum ferendo, &c. omnes liberari: tum alia non protrita.*
4 *An correus, qui totum solvit, eo nomine adversus cæteros actionem habeat?*

IN causa plurium reorum etsi respectu personarum, quæ plures sunt, plures quoque stipulationes & obligationes videri possunt, *hoc text. l. 13. eod.* tamen quoad rem in stipulatum deductam ac promissam, vique ipsa ac potestate, una est eademque & simplex obligatio, quæ in singulis in solidum activè & passivè consistit. Unde existunt duo obligationes duorum reorum propriæ, quæ hoc §. commemorantur.

Solidum singulis debetur, & singuli in solidum) Hoc primum est hujus obligationis proprium, quod & singulis reorum stipulandi solidum de-
be-

betur, & singuli reorum promittendi solidum debent: ac proinde illi singuli solidum exigere, & hi singuli in solidum conveniri possunt, *l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit. l. si rem 31. §. 1. de novat.* Cæterum circa reos promittendi No-

1

vella Justiniani constitutione *de reis promitt. 99.* vetus jus hactenus mutatum videtur, ut jam unus à duobus debendi reis in solidum à creditore conventus petere possit, ut divisa actione pro parte tantùm conveniatur, neque aliter cum effectu cum eo agi possit, quàm si correus ejus vel absens sit, vel non solvendo, aut ille beneficio divisionis renunciaverit. Sententia communis usuque forensi recepta. Mynſ. Schneid. *hic*, Gomez. *var. res. 2. cap. 12. num. 1.* Gail. *2. observ. 14. num. 5.* Sichard. *in l. 2. C. hoc tit. num. 5.* Gudelin. & Christin. *ubi supra.* Grot. *3. introduct. 3.* Moller. *5. semest. 62.* ubi post Jason. & Joann. Ronchegall. excipit correos debendi testamento constitutos. Sunt tamen nonnulli ex recentioribus, qui putant, *dict. Nov.* perperam intellectam, atque ab Irnerio *authent. hoc ita, Cod. hoc tit.* positam esse alieno loco: non enim de correis debendi in *dict. Nov.* agi, sed de mutuis fidejussoribus, quibus jure veteri beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores habent, non competebat, *l. 11. princip. eodem.* Argumento utuntur inscriptione Græca, περὶ ἀλληλεγγύων, qua voce non duo rei, sed mutui fidejussores significentur. Ego verò cum Cujacio existimo, eodem nomine à Græcis appellatos esse, & correos simplices, eo quod & ipsi conditione obligationis quidam quasi fidejussores esse videantur, *l. vir uxori 17. §. ult. ad sen. Vell.* quod & Constantinus observavit in Lexico, & sententia ipsius Novellæ non obscurè confirmat. Planè secundum generalem consuetudinem Antuerpiæ inter mercatores observatam, *d. Nov.* locum non habet in foro mercatorum; sed potest creditor alterum ex duobus reis in solidum convenire, & ad solutionem totius constringere. *Decisione 49. Curiæ Hollandiæ.* VINN. Sed posterior Novellæ interpretatio, quamvis à Vinnio rejecta, omnino verior est non solum ob inscriprionem græcam & verba ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι, quæ in ista *Novella XCIX. cap. 1.* occurrunt, sed cum maximè ob *l. 11. ff. de duobus reis*, cui derogatum voluisse videtur Justinianus, dum ibi negatur beneficium hujusmodi competere *correis promittendi*, VICE MUTUA *fidejussoribus.* HEIN.

Vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo) Alter reorum stipulandi accipiendo, alter reorum promittendi solvendo: quibus verbis breviter indicatur jus singulorum in obligatione tollenda, quod est alterum in hac obligatione singulare. Sed operæ pretium est, paulo latius hanc rem proponi, & in utroque reorum genere; quale id jus sit, separatim exquiri. Duobus rei stipulandi hoc in summa hìc tributum est, ut singulis eorum jus sit, promissorem liberare; & liberare quibuscumque modis creditor, cui aliquid debetur, debitorem suum potest. Et igitur si uni pecunia

2

soluta sit, ex hac causa promissor ab altero quoque hac obligatione liberabitur: *hoc text.* Sed & citra solutionem quicumque modi sunt, quibus actio aut ipso jure tollitur, aut per exceptionem submovetur, modo vim solutionis habeat, si quo ex his unus promissorem liberaverit, non à se tantùm eum liberabit, sed à certis quoque, totamque tollet obligationem: veluti si promissori acceptum tulerit, *l. 2. hoc tit.* si novandi animo alium reum ab eo acceperit, *l. si rem 31. §. 1. de novat.* idemque est, si jusjurandum tulerit, *l. in duobus 28. princ. de jurejurand.* nam & jusjurandum loco solutionis cedit, *l. jusjurandum 27. eod. tit.* item si unus pecuniam sibi à promissore oblatam sine justa causa accipere recusarit, eaque postea sine culpa promissoris deperdita sit, per *l. qui decem 72. princip. de solution.* Paciscendo verò ne à promissore petat, correo non nocet: quoniam pactum non operatur ultra personas, inter quas interpositum est, nec remissio quicquam commune habet cum exactione, *l. si unus 27. in fin. pr. junct. §. 4. versic. ante omnia, de pact.* His porro consequens est, quod traditur *l. 2. hoc tit.* etiam unius ex reis stipulandi petitione totam tolli obligationem; quod sic explicatur in *d. l. 21. §. 1. de novat.* unum judicio petentem totam rem in litem deducere; & apertius in *l. 11. §. sic evenit 21. de legat. 3.* unum ex pluribus reis credendi agendo occupare & totum consequi; ut proinde necesse sit jus alterius consumi. Hinc responsum est, si unus ex duobus reis stipulandi semel egerit, alteri promissorem offerendo pecuniam nihil agere, *l. ex duobus 16. hoc tit.* Ex contrario quoque sic jus est in duobus reis promittendi, ut unus solvendo alteri prosit, *hoc text. l. 3. in fin. eod.* Proinde & acceptum rogando, *l. 2. eod. l. si ex pluribus 16. de accept.* item novando seu alium debitorem dando, per *l. si pro uno 20.*

3

ad sen. Vell. ubi Cujac. 8. *ad African.* & jurando, *l. in duobus 28. de jurejurand.* Non autem paciscendo, nisi forte paciscentis intersit, puta propter communionem, quia socii sunt, aut si nominatim quoque correo suo paciscatur,

l.

l. & hæredi 21. §. ult. cum 4. ll. seqq. de pact. Sed nec adversus unum ex correis debendi instituta petitione alter liberatur, utique post constitutionem Justiniani, *l. penult. C. de fidejuss.* nam inter veteres de hac re non convenisse in eadem constitutione, cum Justinianus indicat, tum arguunt hi loci, *l. 1. §. sive apud 43. d. pos. l. 8. §. 1. de legat. 1. l. amissi 52. §. ultim. de fidejuss. l. reos 23. C. eodem,* collati, *cum l. decem 116.* illic, *non enim sunt duo rei de verb. oblig. l. si per imprudentiam 51. §. ult. de evict.* Illud semper constitit, unum ex reis promittendi non posse ex alterius persona compensationem objicere, *l. 10. hoc tit.* neque moram unius alteri nocere, *l. mora 32. §. penult. de usur.* id est, non efficere, quominus re postea perempta, & teneatur qui moram fecit, & liberetur qui non fecit, quæ fusius explicantur à D. Donello ad *tit. C. de duobus reis, cap. 7. & 2. seqq.* Quid si unus ex pluribus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, habebitne eo nomine adversus cæteros actionem? Si meram strictamque juris rationem sequimur, non habebit, etiamsi ad solos correos totum creditum pervenerit, nisi creditor, quod facere cogitur, offerenti solutionem actiones suas cesserit; de quo consule Sichard. in *l. si divisa 13. C. locat.* Cæterum æquius & benignius est, ei, qui ita solvit, etiam citra cessionem in correos actionem (subsidiariam negotiorum gestorum) accommodari, vel in solidum, si nihil ad eum pervenit, vel pro ea parte, quæ ad alios pervenit, *l. 2. C. hoc tit.* Ita visum interpretibus communiter, & sæpe judicatum est testibus Ant. Fab. *C. suo hoc tit. defin. 1.* Christin. *vol. 3. dec. 114. & vol. 4. decis. 158.* contra quam tamen sententiam disputat idem Anton. Faber. *11. conject. 6. & seqq.* Sanè *d. l. 2.* commodè accipi potest de correis sociis, eo quod pecunia dicitur communiter mutuo accepta. Ex converso, an unus ex reis stipulandi, qui totum exegit, partem cum altero communicare cogatur, tractat Bart. *in l. reos 11. hoc tit. num. 9.* Wesembec. *parat. eod. n. 7.* Concludunt autem, non cogi, nisi vel soccii sint, vel ita convenerit, vel natura obligationis & rei id ferat, *argum. d. l. 11. hoc tit. l. in lege 62. ad leg. Falcid. l. qui hominem 34. §. 1. de solut.*

TEXTUS.

De stipulatione pura, & de die & conditione.

1. *Ex duobus reis promittendi, alius purè, alius in diem, vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quominus ab eo, qui purè obligatus est, petatur.*

NOTÆ.

1. *Vel sub conditione obligari potest*) Dummodo eadem res sit in cujuscumque persona, & causa eadem, *l. 9. §. 1. l. 15. eod.* ut tempus idem sit aut locus solutionis, non est necesse, *l. 7. d. l. 9. §. ultim. eod.* Obiter nota, duos reos credendi, & debendi etiam aliis contractibus constitui posse, denique & testamento, *d. l. 9. pr. l. 1. §. 43. & 44. depos. l. 8. §. 1. de legat. 1. l. 5. C. si cert. petat.*

COMMENTARIUS.

1 *Imparis causæ susceptionem impedire duorum reorum obligationem; at quæ in modo, tempore, loco imparitas est, non impedire.*
2 *Duos reos credendi aut debendi etiam citra stipulationem constitui posse.*

Duo rei debendi ita constitui non possunt, ut res diversæ in eorum obligatione versentur, *l. si id 15. hoc tit.* nec ita, ut imparem unius ejusdemque rei obligationem suscipiant, aut potius imparem causam, puta ut alter culpam præstet, alter non præstet, *l. 9. §. 1. eod.* At verò ut eodem modo uterque obligetur, necesse non est: sed potest alius purè, alius in diem vel sub conditione obligari, ut ex Florent. *l. 7. eod.* hic refert Justinianus. Nimirum ubi impar causa suscipitur, imparitas obligationis perpetuo durat: quæ verò à modo & tempore est imparitas, ea veniente die aut existente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci potest ad paritatem, ita Jo. Fab. & Cantiunc. *hic.* Sed nec loci solutionis diversitas impedit, quominus duorum reorum contracta obligatio & par ab utroque causa suscepta intelligatur, *d. l. 9. §. ultim.* Obiter monendi sumus, duos reos credendi aut debendi non tantùm verbis stipulationis constitui, quamquam id usitatius est, sed aliis quoque contractibus, & denique etiam testamento. Credendi, veluti, si duo eamdem rem deponant, aut commodent, aut decem dent mutuo hac lege, ut is qui accipit, eorum singulis in solidum obligetur; quod in deposito indicat Ulp. *l. 1. §. sed si duo 44. depos.* Testamento, si testator eamdem rem, eamdemve summam duobus leget disjunctim, hoc modo, *Titio, vel Mævio decem dato, arg. l. 8. §. 1. de legat. 1.* Debendi, veluti, si quis eamdem rem apud duos deposuerit utriusque fidem in solidum secutus, vel eamdem rem duobus simili-

liter commodaverit, *d. l. 9. in pr. hoc tit. d. l. 1. §. si apud 43. depos.* Sic etiam ejusdem pecuniæ mutuo datæ plures rei debendi fiunt, si omnes se constituant ejus pecuniæ debitores, *l. 5. C. si cert. pet.* & testamento, si ita scriptum sit, *L. Titius hæres meus, aut Mævius hæres meus, decem Sejo dato, d. l. 8. §. 1. de legat. 1.* nam exemplum, quo Papinianus utitur *d. l. 9. in fin. per hoc tit.* huc non pertinet, nisi eo casu, quo apertè testator voluit, ut singuli hæredes solidum debeant, quod ex initio ejus loci intelligitur, add. Don. *ad hunc tit. cap. 12.*

TITULUS DECIMUSOCTAVUS
DE STIPULATIONIBUS SERVORUM.

Dig. Lib. 45. Tit. 3.

Textus.

An servus stipulari possit.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hæreditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinent: ideòque quod servus hæreditarius ante aditam hæreditatem stipulatur, acquirit hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facto acquiritur.

Notæ.

Ex persona domini) Servi jure civili pro nullis habentur, *l. 32. de reg. jur.* & quasi non sint, *l. propen. eod.* Theod. Hermopol. *lib. 7. tit. 6.* ὁ δοῦλος παρὰ τοῖς νόμοις ἀπρόσωπός ἐστι τουτέστιν οὐδὲ δοκεῖ ζῆν, ἢ ὑπάρχειν. Cæterum ex persona dominorum χαρακτηρίζονται, ut ait Theoph. id est, *personantur*, ut Gloss. Græc. Latin. Hinc est quod etiam cum servis testamenti factio est, *l. 31. de hær. inst.* v. *sup. eod. tit.* & quod jus stipulandi habent, ut hic.

Personæ defuncti vicem) *L. 34. l. 61. de acq. rer. dom.* v. *sup.* §. 2. *de hær. inst.*

Commentarius.

Quod à servo aut cum servo gestum est, id ex persona servi valere jus civile non patitur: quippe quo jure servi pro nullis habentur, *l. quod attinet 32. de reg. jur.* Sed tamen ex persona dominorum æstimantur; quod eleganter Theophilus his verbis Græcis expressit, Οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται. Ex quo est, quod etiam cum servis testamenti factio sit, ut & hæredes institui & legatum iis relinqui possit; de quo non uno loco *lib. 2.* item quod jus stipulandi habent, ut ex eorum stipulatione obligatio & actio domino acquiratur, perinde ac si ipse sibi stipulatus esset, & vox servi vox domini sit, sicut vox filii vox patris, §. *si quis 4. & §. post mortem 12. inf. de inut. stip.* Quæ tamen res non impedit, quominus inter servum, & qui cum eo contrahit, nascatur obligatio naturalis, *l. 14. de obl. & act.* Vinn. Fundamentum enim hujus juris est, quod servus ex principiis juris Romani est *res mancipi*, non persona, adeoque sibi non magis actione ulla quidquam acquirere potest, quam jumentum. Atqui hoc principium jus naturæ prorsus ignorat, adeoque consequens est, ut naturaliter servus obligetur, tanquam homo intellectu voluntateque præditus. Hein.

Hæreditas in plerisque personæ defuncti vicem) Quoniam dixit, servum ex persona domini jus stipulandi habere, videri poterat, servum hæreditarium inutiliter stipulari utpote qui dominum non habet. Huic igitur objectioni occurrens ait, hæreditatem jacentem personæ vicem sustinere, & interim pro domino esse: quod etiam identidem à veteribus traditum est, *l. 13. §. 1. ad leg. Aquil. l. 15. de interr. in jur. fac. l. mortuo 22. de fidejuss. l. hæreditas 34. l. hæreditas 61. de acq. rer. dom.* Ait, *personæ defuncti vicem sustinet*, ut etiam supra §. 2. *de hær. inst.* & disertè Jurisconsulti in *l. non minus 31. §. 1. de hæred. inst. l. in eo 33. in fin. & l. seq. de acq. rer. dom.* Pomponius tamen contra scripsit, hæreditatem personam sustinere hæredis, *l. novatio 24. de novat.* Sed hanc pugnam alibi tollimus sub *d. §. 2. de hær. inst.* Ait, *in plerisque*, nimirum quia quædam sunt, in quibus hæreditas vice personæ fungi non potest, quæ proinde nec hæreditati per servum hæreditarium acquiri queunt: qualia sunt, quæ factum operamve personæ desiderant: hæc enim constat, in rem inanimem, qualis est hæreditas, non cadere. Hujus generis res est hæreditas: etsi enim servus hæreditarius rectè hæres instituitur, tamen quia sine jussu domini hæreditatem adeundo nihil agit, hæres expectandus est, *l. 10. §. 1. l. 61. de acquirend. rer. dom.* Ejusdem generis est usufructus: ususfructus consistere non potest, nisi sit persona, quæ fruatur, *d. l. 61. l. 1. §. 2. quand. dies ususf. leg.* & ideo servus hæreditarius inutiliter

ter usumfructum stipulatur, *l. usufructus. 26. hoc tit.*

TEXTUS.

Cui acquirat. De persona, cui stipulatur. De stipulatione impersonali.

1. Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.

COMMENTARIUS.

SErvus stipulando domino acquirit, non tantùm si ipsi domino dari stipuletur, verùm etiam si sibi aut conservo suo: quinimmo etsi impersonaliter seu indefinitè non comprehensa persona, puta hoc modo; *Centum dare spondes*; *l. 1. l. 15. hoc tit.*

In liberis, qui in potestate) Filiisfam. iis causis, ex quibus patri acquiritur, id est, ex causa profectitii peculii, item adventitii quoad usumfructum, stipulantis eadem ratio est, quæ servi, patri ut ex his causis acquirat, propter jus scilicet potestatis, quod hactenus simile herili, *l. stipulatio ista. 38. §. hi qui. & §. alteri. 17. l. quodcumque 45. pr. & fin. de verb. obl. inf. quod cum eo, qui in al. pot. in pr.* Repetenda hic est distinctio peculii filiisfam. tradita & explicata §. 1. *sup. per quas pers. cuiq. acq.* Planè si filius nominatim patri stipuletur, hoc casu etiam ex causa adventitii peculii patri in solidum acquiret: quippe quacumque ex causa ita stipulatur, patri acquirit, non sibi; per se enim sibi acquirere non vult, per patrem non potest. Don. *ad d. l. 38. §. alteri 17. num. 25.*

TEXTUS.

De stipulatione facti.

2. Sed quum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat; ipse enim tantùm prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic per modum exceptionis regulæ initio positæ, quod cùm servus factum in stipulationem deducit, idque (quod subaudiendum esse exemplum subjectum ostendit,) in suam personam confert, in hac stipulatione persona servi, non domini, consideretur. Cæterum revera nihilominus valet & subsistit hæc stipulatio ex persona domini: quippe cui obligatio & facti illius emolumentum quæritur; jusque servum jubendi facere, puta ire agere, pro commodo suo, cui commissa stipulatione actio in id, quod sua interest, competit. Itaque dicendum est, hactenus tantùm hujusmodi stipulatione personam servi spectari, ut ipse solus, non etiam dominus ejus ex mente promissoris facti illius exercitium habere debeat, *d. l. 38. §. hi qui 6. & seq. de verb. obl.* Atque hoc sensu alibi dictum est, ea quæ facti sunt, non transire ad dominum, *l. qui hæredi. 44. pr. de cond. & dem.*

Ire agere liceat) In hac stipulatione non jus, sed factum versatur; ideoque persona servi tantùm comprehensa intelligitur, ut is solus ire agere prohiberi non debeat, non etiam dominus ejus, *d. l. 38. §. 6. vers. cum vero,* quamquam servus non ibit aget pro arbitrio suo, sed pro domini, cui illa stipulatione jus quæritur servum transmittendi. Quod si servus viam, vel iter, vel factum ad fundum domini stipuletur, etiamsi servi non domini persona comprehensa sit, domino jus eundi agendi acquiret: quoniam ea stipulatione non simplex factum, sed jus servitutis continetur, per *l. 17. hoc tit.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione dominii acquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est; tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communnis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur: veluti si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.

NOTÆ.

3. *Unius domini sit*) Aut si servitutem ad fundum stipuletur, cùm unus dumtaxat vicinum fundum habet, *l. 7. in fin. l. 17. eod.*

COMMENTARIUS.

SErvus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis, quàm corpore partes habeat. Et ideo si quid stipulatur, vel quoque alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro ea parte, qua domini sunt, verbi causa, si unus duas partes, alter tertiam dumtaxat habeat; illi commodum stipulationis pro duabus partibus acquiretur, huic pro una, *l. 5. l. 7. hoc tit.* Sed tamen non est hoc perpetuum. Nam primum interest, utrum hoc modo

do servus communis stipuletur, *Dominis meis dare spondes?* an expressis propriis dominorum nominibus ita, *L. Titio. & C. Sejo dare spondes?* nam priore quidem stipulatione partes dominicæ debentur, ex posteriore verò viriles: quoniam dominorum vocabula pro demonstratione habentur, *l. si communis. 37. hoc tit.* Sed & tres hi casus hìc excipiuntur; si jussu unius ex dominis stipuletur; si uni tantùm; si res in stipulationem deducta ad unum tantùm pertinere potest: placetque, his casibus uni illi acquiri in solidum, *d. l. 5. cum aliquot seqq. l. 17. l. si ex re. 28. §. 3. eod.* Est & quartus casus ejusdem naturæ, si stipuletur ex se unius, *l. si alienus 19.* junct. *d. l. 28. §. 1. eod.* Extra has causas, sive sibi quid dari stipuletur, sive impersonaliter, pro partibus dominicis acquirit. Atque hæc etiam ἀναλόγως ad eum servum transferenda sunt, in quo plures usumfructum habent: item ad hominem liberum & servum alienum, qui à pluribus bona fide possidentur, quatenus scilicet hi ex causa operarum suarum aut re fructuariorum bonæve fidei possessorum stipulantur, *l. 19. cum l. seq. l. 24. l. 32. & l. seq. §. 1. eod.* vid. *sup. §. 4. per quas pers. cuiq. acq.*

Jussu unius) Ac proinde hoc casu etiamsi non nominatim ei qui jussit stipulatus fuerit, nihilominus tamen huic soli acquiret. Sunt enim hæc duo distincta membra, ejusdemque potestatis est stipulatio jussu unius facta, cujus facta uni nominatim citra jussum. Sed quid si jussu contempto stipuletur alteri nominatim? Apud veteres utri acquireret dubium fuit; sed Justinianus *inf. §. ult. per quas pers. obl.* ait, se hanc controversiam decidisse pro eo qui jussit. Extat constitutio ejus in *l. ult. C. per quas pers. nob. acq.*

TITULUS DECIMUS NONUS.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Ratio ordinis. Unde sumpta divisio hìc proposita: eaque ad bimembrem revocata.

PRæcessere duæ stipulationum divisiones. Quarum prima ducta est à diverso contrahendi modo; unde aliæ puræ, aliæ in diem, aliæ conditionales, §. 2. *sup. de verb. obl.* altera à diversitate materiæ, rebus scilicet & factis, quæ in stipulationem deducuntur; unde aliæ dandi, aliæ faciendi, §. *ult. d. tit.* Profertur hìc & tertia, ex *l. 5. eod.* quod aliæ sunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ communes tam judiciales, quàm prætoriæ, aliæ conventionales: quæ tamen species non ideo sic distinguuntur, quod postrema à cæteris differt conventione, sed quod origine & conventionis causa; ut appareat, distinctionem hanc sumptam esse à causis efficientibus. Nam etsi nulla est stipulatio, quæ non habeat conventionem; non omnes tamen ita habent, ut inde primum nascantur, sed solæ conventionales; unde etiam hoc nomen acceperunt. Potest hæc divisio commodè revocari ad bimembrem, ut dicamus, stipulationum quasdam esse necessarias, quasdam voluntarias. Necessarias, quæ invitis pro auctoritate prætoris aut judicis injunguntur: voluntarias, quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium; quæ veteribus dictæ sunt conventionales, eo quod ex sola conventione partium fiunt, *d. l. 5. pr. vers. conventionales.*

TEXTUS.
Divisio.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam prætoriæ, quàm judiciales.

1. *Judiciales sunt dumtaxat, quæ à mero judicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo, qui in fuga est restituendove pretio.*

NOTÆ.

Aliæ judiciales, aliæ prætoriæ) Ex Pomp. *l. 5. de verb. obl.*

1. *Veluti de dolo cautio*) Puta actione in rem vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet dolum malum abesse, *l. 20. l. 45. de rei vind. l. 9. §. 5. & 7. quod met. ca.* & parere recusantem condemnat in id, quod adversarii interest.

COMMENTARIUS.

1 *Usus stipulationum judicialium, & in his officium judicis.*
2 *Exempla horum stipulationum, & quædam non allegata in textu.*

QUæ à mero judicis officio) Mero, id est, solo. Quod additum in definitione, ut removeantur communes: nam prætoriæ

1

riæ etiam eo omisso satis excluduntur. Igitur judiciales stipulationes sunt, quæ à judicis officio proficiscuntur, seu quas judex pro officio suo interponi jubet; ac proinde his locus non est, nisi post litem contestatam; nam tum demum judex quis esse incipit, *l. 1. C. de lit. cont. l. 1. C. de judic.* Officium judicis scimus positum esse tum in eo, ut de re in judicium deducta cognoscat, tum ut de ea re sententiam ferat, aut convictum condemnando, aut non convictum absolvendo, *l. qua de re. 74. de judic. l. 9. C. eod. l. 1. de re jud.* Ergo si quis judex lite contestata jubeat aliquid pro officio caveri, & parere recusantem condemnet in id, quod adversarii interest, aut reum absolvat, sciamus, hoc proficisci ab officio judicis, stipulationesque jussu ejus interpositas *judiciales* nominari, etiamsi prætor sit aut alius magistratus, qui de causa cognoscit; quippe cùm in eo non magistratus, sed judicis pedanei partibus fungatur. Alio sensu, atque hoc loco judiciales dicuntur in *l. 1. de præt. stipul.* nimirum, quæ propter judicium interponuntur, ut id ratum sit; seu judicii futuri stabiliendi causa, ut judicatum solvi, & ex operis novi nuntiatione: quæ species sunt prætoriarum. Stipulationum judicialium duæ species hìc afferuntur, de dolo cautio, in actione in rem vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet, dolum malum abesse, *l. præterea 20. l. si homo. 45. de rei vind. l. 9. §. Julianus. 5. & §. ex hoc. 7. quod met. ca.* item de servo persequendo & reddendo, qui in fuga est, *l. servo legato. 69. §. ult. de legat. 1. l. item si 14. §. quod si homo 11. quod met. ca.* Sunt & multæ aliæ, veluti quæ interponuntur officio judicis familiæ erciscundæ, *l. & puto. 16. l. hæredes. 25. §. contra. 10. famil. ercisc.* itemque officio judicis addicti vindicationibus servitutum, *l. 7. l. 12. si serv. vind.* & aliis actionibus.

TEXTUS.

De prætoriis.

2. *Prætoriæ sunt, quæ à mero prætoris officio proficiscuntur; veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur ædilitiæ: nam & hæ à jurisdictione prætoris veniunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Unde cognoscantur stipulationes prætoriæ? earum usus, & varia exempla.*
2 *Quibus in causis locus ædilitiis, & mendum è*
3 *Distinctio judicialium & prætoriarum; quæ alias nunc minus conspicua, ad usum fori hodiernum accommodata.*

A Mero prætoris officio) A mero. Hoc ad judiciales excludendas supervacuum: sed additum hìc itidem, ut excludantur communes. Ab officio prætoris proficisci dicuntur, quæ à jurisdictione veniunt. Hoc ex eo cognoscemus, si extra judicium cautio injungatur, & adversus recusantem procedatur remediis magistratus propriis, puta missione in possessionem bonorum ejus, aut denegatione jurisdictionis. Igitur quod hoc loco scriptum est, & *l. 1. §. 2. de stip. præt.* cautiones, quæ præstantur ex causa damni infecti & legatorum servandorum, stipulationes esse prætorias, id hinc intelligimus rectè dici, quoniam extra judicium injunguntur, & nisi caveatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, qui non cavet. *l. 7. de damn. inf. tit. ut leg. nom. cav. & tit. ut in possess. leg.* Similiter cautiones judicatum solvi, & ratam rem haberi, hinc cognoscimus, esse prætorias, ut scriptum est in *l. 1. §. 1. & 2. de præt. stip.* quia & ipsæ lite nondum contestata exiguntur, *§. si verò. 5. inf. de satisd. l. Pomponius. 40. §. pen. de procur.* & qui illam præstare recusat, eum prætor non admittit ad alienam defensionem, *§. 4. & 5. inf. d. tit.* qui hanc, ei denegatur alieno nomine agere volenti actio, *§. 3. d. tit. l. mutus. 34. §. pœna. 4. de procur.* Ejusdem generis est & cautio fructuaria: nam si usufructus nomine non caveatur, denegatur petitio aut retentio usufructus, *l. 7. usufr. quemadm. cav.* Plures recenset D. Cujac. in *l. 5. de verb. obl.*

Contineantur etiam ædilitiæ) Ædilitiæ sunt, quibus venditor cavet de morbis & vitiis rerum venalium, puta *rem morbosam non esse, servum fugitivum non esse, errorem non esse,* & de cæteris, quæ edicto ædilium curulium promittuntur, *l. 1. & passim, de ædil. edict. l. si ita quis. 31. & l. seq. de evict.* Hæ stipulationes omnes proficiscuntur à mero ædilis officio, quia jubet ædilis eas interponi sine ullo judicio, ac nisi interponantur, venditorem non condemnat, sed actionem adversus eum dat ad redhibendum intra duos menses, vel quanti emptoris intersit, intra sex menses, *l. si venditor. 28. de ædil. edict.* in quo licet agnoscere ædilis quatenus ædilis, id est, magistratus & jus dicentis auctoritatem, *l. 1. de Jurisd.* VINN. Prætoris ergo vocabulum hìc in sensu latissimo accipi videtur pro quovis magistratu,

provinciam jurisdictionem interponi jubebat, prætoria hæc dici poterat stipulatio. Quo observato nec admodum necessaria videtur emendatio, de qua paullo post auctor noster. Jus enim ædilitium fere sub prætorio comprehendebatur §. 7. *Inst. de I. N. G. C.* & Conf. Rittershus *h. t. p.* 438. HEIN.

A jurisdictione prætoris) Vox *prætoris* abest à *l. 5. de verb. obl.* unde totus hic locus ad verbum scriptus est : & expungendam censeo cum Ruffard. Baron. Donell. Cujac. Hotom. Etenim ædilitiæ stipulationes non possunt dici venire à jurisdictione prætoris, cùm veniant à jurisdictione ædilium, quod expressit Theophilus : sed quod de prætoris tamquam principali specie stipulationum honorarium dicitur, id etiam ad ædilitias rectè refertur : quoniam & hæ ab officio jus dicentis, veniunt, communemque cum prætoriis originem & causam habent, videlicet jurisdictionem magistratus. Neque aliud Justinianus hìc, aut Pomponius in *d. l. 5.* sentiunt. Hodie hæc prætoriarum & judicialium stipulationum distinctio minus conspicua est, postquam judices à magistratu dari desierunt, idemque nunc judex, qui prætor seu magistratus. Distinguunt verò nunc interpp. inter officium judicis nobile, quod est judicis, qua magistratus est, & quod vi jurisdictionis atque imperii sui exercet ; & mercenarium, quod est ejusdem, qua judex, & nudæ notionis, subserviens actioni institutæ. Itaque prætoriæ stipulationes etiamnum sunt & dici possunt, quæ extra judicium aut ante litem contestatam interponi jubentur propter cogendi remedia, *l. 4. de jurisd.* judiciales, quæ post litem contestatam instituti judicii promovendi causa.

TEXTUS.

De conventionalibus.

3. *Conventionales sunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur : hoc est, neque jussu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventione contrahentium, quarum totidem sunt genera, quot (pene dixerim) rerum contrahendarum.*

COMMENTARIUS.

EX *conventione utriusque partis*) Pomponius ex conventione reorum, *l. 5. hoc tit.* Ex conventione autem sic accipe, ex conventione sola : nam & cæteræ stipulationes ex conventione partium constant : at non inde solum proficiscuntur, sed prima eorum causa est auctoritas jubentis. Unde existit & hæc differentia, quod prætoriæ stipulationes ex mente ipsius prætoris, conventionales ex mente contrahentium interpretationem accipiunt, *l. 1. §. ult. l. in prætoriis. 9. de præt. stip.* & quod in prætoriis, si quid addi, vel detrahi, vel mutari oporteat, id jurisdictionis prætoriæ sit : in cæteris contra, *l. in conventionalibus. 52. de verb. obl. l. 1. §. ult. de stip. præt.*

Quod rerum contrahendarum) Id est, obligationum seu negotiorum, quæ contrahi possunt. Et ideo necesse non fuit ullam conventionalium stipulationum exempli causa proferre, ut factum in superioribus, quæ non æquè notæ & usitatæ. Illud (*penè dixerim*) tantùm modestiæ causa additum videtur : nullum enim omnino negotium inter homines contrahitur, super quo stipulatio non rectè interponatur.

TEXTUS.

De communibus.

4. *Communes sunt, veluti rem salvam fore pupillo, (nam & prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri, & interdum judex; si aliter hæc res expediri non potest,) vel de rato stipulatio.*

NOTÆ.

4. *Et prætor jubet rem salvam*) Et quidem regulariter : unde etiam hæc cautio inter prætorias numeratur, *l. 1. §. 2. de stip. præt.*

De rato stipulatio) Hæc est, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem postulante ; quæ & ipsa prætoria fere est, *l. 1. §. 2. de stip. præt.* Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse cœperit, falsum esse procuratorem, rectè judex hanc satisdationem ab eo exigit, per *d. l. 1. C. de ord. jud.* Add. Pomp. *l. 5. de verb. obl.* & stipulationem duplæ, qua sc. venditor cavet *rem vitiosam non esse*, &c. *l. 32. de evict.* assidua dicitur *l. 31. §. 20. de ædil. ed.* & hæc interdum jussu judicis interponitur, interdum imperio ædilis, *d. l. 5. de verb. obl.* Cautè hìc legendus Theoph.

COMMENTARIUS.

1 *Cur duas stipulationes hìc propositas Ulpianus prætorias, & quo sensu quasdam communes appellet ?*
2 *Rem pupilli salvam fore quando prætor cavere jubet, quando judex ? Et Theophilus notatus.*
3 *Idem quæritur in stipulatione rem ratam haberi.*
4 *An stipulatio duplæ, & quando communis ?*

STipulationes communes sunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate præto-

toris aut ædilis interponuntur, interdum jubente judice, *d. l. 5. in pr. verf. communes.* Hujus generis duæ hìc commemorantur, cautio rem pupilli salvam fore, & rem ratam dominum habiturum. Ulpianus *l. 1. §. 2. de stip. prat.* utramque hanc inter prætorias numerat, nimirum ex potiori, & eo, quod regulare est, rem æstimans. Quod & nos consideravimus *sup.* §. 2. Apud Pomponium *d. l. 5.* refertur & tertia ejusdem generis, stipulatio duplæ: neque plures, quod sciam, quæ quidem communes eo, quo diximus, sensu appellentur, occurrunt. Longè enim aliter atque hoc loco communes accipiuntur ab Ulpiano *l. 1. de stip. prat.* nimirum ex prætoriis illæ, quæ & judicii constituendi firmandique causa interponuntur, & simul cautionales sunt, ut instar actionis habeant; quales sunt, quæ fiunt judicio sistendi causa, *d. l. 1. §. 3.*

1

Rem salvam fore pupillo) Hæc stipulatio regulariter jussu prætoris interponitur, nullo interveniente judicio aut causæ cognitione; & ni caveat tutor, pignoribus captis aut multa indicta coercetur, *sup. de satisd. tut. pr.* junct. §. *pen. l. 11. de adm. tut.* quorum nihil est judicis, qui nudam dumtaxat notionem habet, *l. 5. de re jud.* junct. *l. 4. de jurisd.*

2 Sed finge, debitorem pupilli conventum à tutore, post litem contestatam demum inter moras judicii cognovisse non satisdedisse tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere; utique audiendus erit, *arg. l. 3. C. de tut. qui sat. non ded.* & officio judicis injungetur stipulatio. Quippe quæ propria magistratus sunt & jurisdictionis, si de his principaliter agatur; ea si in judicium per consequentiam inciderint, ad judicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, *l. 1. C. de ord. jud.* Apertè autem hìc lapsus est Theophilus, bonus alioqui & non contemnendus interpres: qui dum probare cupit, stipulationem rem pupilli salvam fore aliquando judicialem esse, pro judiciali attulit exemplum prætoriæ, ejus nimirum, quæ ante litem contestatam interponi jubetur ab eo, qui de ea re in jus aditus est. Quo casu non potest non esse prætoria, cùm eo tempore nullum adhuc judicium, nullus judex sit. Eumdemque errorem mox iterum errat in explicatione cautionis de rato. Quod ideo monendum putavi, quia plerique decepti auctoritate viri satis habent, lectorem, tanquam in re explorata, ad eum remittere.

Si aliter hæc res expediri non potest) His verbis, *hæc rei*, perspicuum est non intelligi cautionem, sed judicium seu rem, de qua judicio contenditur. Cautio enim semper per prætorem expediri potest, si ab eo stipuletur; judicium verò non semper, nisi jussu judicis cautio interponatur.

Vel de rato stipulatio) Stipulatio de rato seu tamen rem haberi, ea est, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem postulante.
3 Hæc itidem regulariter jussu prætoris, atque ante litem contestatam interponitur. Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse cœperit, eum, qui tamquam procurator experrus est, falsum procuratorem esse, rectè postulante adversario hanc judex satisdationem ab eo exigit. Nam quod dicitur, in *l. Pomponius. 40. §. pen. de procur.* lite semel contestata, procuratorem ad cautionem ratihabitionis non compelli, id in re incerta, ubi de mandato non plene constat, & aliqua pro procuratore præsumptio est, locum habet, quo scilicet casu ante litem contestatam etiam reo invito cum cautione admitteretur, *l. 1. C. de procur.* Neque obstat regula de exceptionibus dilatoriis, quales sunt procuratoriæ, post litem contestatam non opponentis, *l. 4. C. de jurisd. l. 13. C. de procur.* quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus judicii. Cujusmodi inter alias est exceptio falsi procuratoris, *d. licet. 24. C. de procur.* ubi Sichard. *num. 2. & 3.* Gail. *1. obs. 37. num. 2.*
4 Pomponius *d. l. 5. de verb. obl.* communium stipulationum numero adscribit & stipulationem duplæ, eamque ait vel ab judice venire, vel ab ædilis edicto, id est, interdum judicis jussu interponi, interdum imperio ædilis. Nam ut edictum ædilium publicum hìc interpretemur, neque verba Pomponii patiuntur, quia illud non est unius ædilis, sed plurium, *l. 1. & passim. de ædil. edict.* neque sententia; quod manifestè arguit præcedens definitio communis? An cùm ob evictionem interponitur? minimè. Hæc enim petitur actione ordinaria, semperque judicialis est, numquam ædilitia, *tot. tit. de evict.* Sed est præter vulgarem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas causas petitur, de quibus edicto ædilium cavetur, puta rem vitiosam non esse, morbosam non esse, &c. *l. quia dicitur. 32. de evict.* stipulatio *assidua* ab Ulpiano appellatur, *l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. de ædil. edict.* De his rebus qui sibi duplam promitti postulat, his adversario recusante aut agit ex empto præcisè ad duplam, qua parte judicialis est; aut redhibitoria, & hic est ædilitia, quia post litem contestatam numquam interponitur. Don. *in d. l. 5. pr. n. 27. & 28.*

TI-

TITULUS VIGESIMUS.
DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.
C. Lib. 8. *Tit.* 39.

Continuatio. Quot modis accidat, ut inutilis stipulatio.

HActenus visum, quomodo verborum obligatio rectè contrahatur, stipulationesque utiliter concipiantur. Sequuntur contraria, ea videlicet, quæ stipulationem vitiant, eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etsi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non male tamen hoc loco instituitur, ut in argumento communi: quippe cùm, ut initio *tit. de verb. obl.* dictum est, stipulationes inventæ sint cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia: & ideo fere novissima parte cujusvis negotii subjici soleant. Ut vitiosa sit atque inutilis stipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutiles sunt propter materiam seu rem in obligationem deductam; quædam propter defectum causæ efficientis, aut qualitatem personæ stipulantis promittentisve: aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ ferè summa est eorum, quæ hoc tit. explicantur. Ex his autem causis fit, ut stipulatio ipso jure sit inutilis, ita ut nec actionem producat. Quibusdam etiam modis fit; ut inutilis sit non ipso jure, sed ut ex ea agens exceptione submoveatur, *inf. de except.*

TEXTUS.
De his quæ sunt in commercio.

Omnis res, quæ dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest, sive ea mobilis sit, sive soli.

NOTÆ.

Dominio subjicitur) Id est subjici potest, aut solet, ὑποπίπτειν δυναται, Theoph. verba enim in disciplinis potentialiter accipiuntur.

COMMENTARIUS.

DOminio nostro subjicitur) Id est, subjici potest. Nam & ea, quæ nondum in dominium nostrum pervenerunt, atque adeo quæ nondum sunt, in stipulationem deduci possunt; veluti frumenta, quæ in herbis sunt, fructus fundi, partus ancillæ, *l. interdum.* 73. *l. ubi autem.* 75. §. *illud.* 4. *de verb. obl.* §. *ea. quoque.* 7. *sup. de legat.*

Sive mobilis sit, sive soli) Potuit adjungi *sive ea corporalis sit, sive incorporalis*: nam & jura in stipulationem rectè deducuntur, veluti ususfructus & servitutes prædiorum, §. 1. *sup. de usufr.* §. *ult. sup. de serv. præd.* Quin etiam non modo res in stipulationem utiliter deducuntur; verùm etiam facta, ut superius docuimus sub §. *ult. de verb. obl.*

TEXTUS.
De his quæ non sunt.

1. *At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.*

NOTÆ.

1. *Aut esse non potest*) Particula disjunctiva *aut* posita videtur pro conjunctiva, ut interdum solet, *l.* 53. *de verb. sign.* Nam v. c. fructus futuri rectè in stipulationem deducuntur, *l.* 73. *de verb. obl.*

Hippocentaurum) Lucret. *lib.* 5. *v.* 878. Sen. *Epist.* 58. Cic. 2. *de nat. Deor. cap.* 2. *Quis*, inquit *Hippocentaurum fuisse credat*? Plinius tamen fuisse tradit *lib.* 7. *cap.* 3.

Inutilis erit stipulatio) D. *l.* 1. §. 9. *de obl. & act.* adeo ut nec æstimatio debeatur, nec pœna eo nomine promissa committatur, *l.* 69. *l.* 103. *de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1 *Canones, qui observandi circa materiam stipulationum: tum consectaria inde deducta.*
2 *Quid si in stipulatum deducta res, quæ esse desiit?*
3 *Quid si quæ nec est, nec umquam fuit: ubi de Hippocentauris.*

HOc §. & *seq.* docetur, quibus modis fiat, ut inutilis sit stipulatio propter id, quod in eam deductum est. Quæ res ut perfectius in- 1 tel-

telligatur, duo hi canones prius nobis observandi sunt. 1. Ut valeat stipulatio, necesse esse, ut id quod in eam deductum est, dari aut fieri per rerum naturam aut leges possit. 2. Ut intelligatur, quid illud sit, & quam utilitatem afferat stipulatori. Hinc jam apparet, duobus modis in universum fieri, ut ratione materiæ inutilis sit stipulatio si dari fierive natura aut jure non potest, quod promissum est, *l. si stipuler.* 35. *de verb. obl.* eoque pertinet regula juris *l. impossibilium.* 185. *de reg. jur.* si propter incertitudinem non potest intelligi, quid sit, & quam habeat utilitatem, *l. triticum.* 94. *l. ita stipulatus.* 115. *d. tit.* Quando in stipulatione faciendi hoc accidat, videbimus *inf. sub.* §. *quod turpi.* 23. Rerum, quæ dari non possunt, tria fere sunt genera; quæ non sunt in rerum natura nec esse possunt; quæ commercio sunt exemptæ; quæ stipulatoris sunt propriæ, *l.* 1. §. *si id quod.* 9. *&* §. *seq. de obl. & act.* De primo genere agitur *hoc* §. de reliquis §. *seq.* Incertitudinis, quæ stipulationem vitiat, exempla habemus in *d. l. triticum.* 94. *& d. l. ita stipulatus.* 115. *pr. de verb. obl.*

Quod in rerum natura non est) Primum genus rerum, quæ dari non possunt, ac proinde inutiliter in stipulationem deducuntur, earum rerum est, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura. Id iterum in duas abit species.

2 Nam harum rerum aliæ fuerunt: sed desierunt esse; aliæ ne fuerunt quidem umquam. Illarum numero sunt, homo mortuus, ædes deustæ, &c. *l.* 1. §. *si id quod.* 9. *de obl. & act. l. homo.* 69. *de verb. obl.* Quod autem harum rerum stipulationem inutilem esse dicimus, hoc eo maximè spectat, ut intelligamus, nec æstimationem earum deberi, *l. liber homo.* 103. *de verb. obl.* §. 4. *sup. de legat.* nec pœnam eo nomine promissam committi, *d. l. si homo.* 69. *de verb. obl.* Planè si res, quæ dari poterat, ab initio in obligationem deducta, culpa debitoris dari posse desierit, aut si is in re præstanda moram fecerit, placet, creditorem eas res, quamvis extinctas, utiliter adhuc stipulari, *l. inter stipulantem.* 83. §. *pen. eod.* quoniam culpa & mora debitoris obligationem perpetuant, *l. si ex legat.* 23. *l. si servum.* 91. §. 3. *eod.*

3 *Hippocentaurum, qui esse non possit*) Exemplum rerum, quæ ita non sunt, ut nec unquam fuerint. Cic. 2. *de nat. Deor. cap.* 2. *Quis*, inquit, *Hippocentaurum aut Chimeram fuisse putat*? Lucret. *lib.* 5. *v.* 878.

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in ullo
Esse queat duplici natura & corpore bino
Ex alienigenis membris compacta potestas.

Stoici apud Senecam Epist. 58. *In rerum*, inquiunt *naturæ quædam non sunt. Et hæc autem, quæ non sunt, rerum natura complectitur, quæ animo succurrunt, tanquam Centauri, Gigantes, & quicquid aliud falsa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habet substantiam.* Plinius tamen *lib.* 7. *c.* 3. testatur, Claudium Cæsarem scribere, Hippocentaurum in Thessalia natum eodem die interiisse. *Et nos*, inquit *principatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.* Cæterum utut hoc verum sit tamen quia portenta & monstra hæc sunt, etiam naturæ quodam peccato genita, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui idem & Hippocentauri dicti, populi fuere Thessaliæ juxta Pelion montem, anteriore corporis parte, (ut Poetæ fabulantur,) hominum, posteriore equorum effigiem referentes. Fabulæ occasionem præbuit, quod Centauri primi equirarunt; non sine horrendo vicinorum populorum spectaculo, à quibus primum conspecti equis insidentes, crediti sunt habere membra partim humana, partim equina. Idem Indis occidentalibus patrum nostrorum memoria evenit.

TEXTUS.

De his, quæ non sunt in commercio.

2. *Idem juris est, si rem sacram, aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel publicam, quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum, vel theatrum; vel liberum hominem, quem servum esse credebat; vel cujus commercium non habuerit; vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica in privatam deduci, & ex libero servus fieri potest, & commercium adipisci stipulator potest: sed protinus inutilis est. Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit: Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes? & similia. Quæ enim natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.*

NOTÆ.

2. *Humani juris esse credebat*) Et multo magis si sciebat eam humani juris non esse, *arg. l.* 31. *de obl. & act.*

Nec rem suam dari) L. 82. *de verb. obl. l.* 1. §. 10. *de obl. & act.* cui consequens est, nec pre-

pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sed pretium rei meæ rectè stipulor, & rem meam mihi restitui, *d. l.* 72.

Protinus inutilis) Protinus, id est, statim, ἀυθὸς παραχρῆμα. Huc pertinet regula: *Quod initio vitiosum est*, &c. *l.* 29. *de reg. jur.*

Licet initio inutiliter) *L.* 51. *l.* 83. §. 5. *de verb. obl.* sunt hæc exempta regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ rectè gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderint, à quo non poterant incipere, *l. pen.* §. *ult. eod. l.* 11. *de servit.*

Sine facto promissoris) Secus est, si facto aut culpa promissoris res commercio exempta, *d. l.* 83. §. 5. aut postquam moram in ea præstanda fecisset, *l.* 23. *l.* 91. *pr.* & §. *eod.*

Quæ naturæ sui) Aliud juris est in his, quæ per accidens non possunt acquiri, puta quia stipulatoris sunt, *l.* 31. *de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1 *Genera rerum, quæ non sunt in commercio.*
2 *Etiam earum rerum, quarum nullum omnino commercium est, stipulationem prorsus inutilem esse.*
3 *Quid si stipulator sciat, rem non esse in commercio?*
4 *Quid si ille ignoret, promissor sciat?*
5 *Quando earum rerum, quæ secundum quid extra commercium, stipulatio utilis aut inutilis?*
6 *De stipulatione rei nostræ.*
7 *Ampliatio regulæ initio positæ.*
8 *Ampliatio secunda.*
9 *Quid si columna promissa facto alieno ædibus juncta?*
10 *Dissensio veterum circa casum, quo res initio rectè promissa, deinde commercio exempta, postea rursus dari posse cœpit.*
11 *Restrictio ampliationis secundæ.*
12 *Ampliatio tertia, ejusque restrictio.*

1 SEcundum genus rerum, quæ dari non possunt, est earum, quæ sunt quidem in rerum natura, sed non sunt in commercio hominum. Hujus autem generis quæ sunt, earum quædam conditione sua & absolutè commercio exemptæ, ut res divini juris publicæ, homo liber: quædam certo respectu, qui vel est in rebus ipsis, cùm alioqui natura sua sint in commercio, quales sunt verbi causa columnæ, marmora ædificiis juncta: vel in personis contrahentium, puta si vel stipulator, vel promissor commercium non habeat, cùm alii habeant. Sunt enim quædam quorumdam hominum commerciis exempta, ut prædia Ecclesias habentia hæreticis, mancipia Christiana iisdem & Judæis, *l. si quis.* 10. *de hæret. tit. C. ne Christ. manc. hæret.* Enim verò non omnia hæc stipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, estque in singulis, quod seorsum considerandum.

2 *Si rem sacram, &c.*) Quarum rerum nullum omnino commercium est, eæ in stipulationem deductæ perinde eam vitiant, ut illæ, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura, *l.* 1. §. *si id quod.* 9. *de obl. & act. l. si stipulator.* 35. *l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *l. liber homo.* 103. *de verb. obl.* Quamobrem neque hoc casu magis, quàm superiore aut æstimatio debebitur, aut pœna promissa peti poterit, *d. l. liber homo.* 103. *l. si homo.* 69. *eod. l. cum servum.* 39. §. *ult. de legat.* 1. §. 4. *sup. de legat.* quod etiam hoc ipso satis significatur, quod ejusmodi stipulatio dicitur esse inutilis, idemque juris hic esse, quod foret, si res promissa nec esse posset in rerum natura. Neque enim inutilis stipulatio dici potest, ex qua aliquid debetur, & maximè si pro re debeatur æstimatio. Diversum omnino est, si quis ædem sacram aut locum religiosum ædificari stipulatus fuerit; hic enim in stipulationem deducitur, quod & natura fieri potest, & jure facere licet, *l. stipulatio.* 38. §. *ult. de verb. obl.* VINN. Sed cur liber homo, res sacra, religiosa, publica in stipulationem deduci nequit, quum tamen constare soleat earum rerum liberique hominis emptio venditio, bona fide facta? *l.* 4. *l.* 5. *l.* 6. *ff. de contrah. empt.* Cur, inquam, tam variè? Immo non variè. Verè enim hujusmodi emptio non valet nisi eatenus, ut deceptus possit agere ad id quod interest. §. *ult. Inst. de empt. vend.* Ad traditionem enim agi non potest *d.* §. *ult. l.* 103. *ff. de V. O.* adeo ut tametsi in eum casum venditus fuerit liber homo, si servus factus fuerit, non valeat ea venditio, quia nefas est tales casus exspectare, *l.* 34. §. 2. *ff. de contr. empt.* Ergo in *legibus* 4. & *sequ.* supra adductis tantum eatenus emptio intelligenda dicitur, quia emptor, ignorans rei qualitatem agere potest ad id, quod interest, vel re jam tradita & b. f. possessa ad præstandam evictionem. HEIN.

Quam humani juris esse credebat) Eodem modo mox *quem servum esse credebat.* Uti & §. *præced. quem vivere credebat.* Et similiter Cajus *l.* 1. §. *si id quod* 9. *de obl. & act.* An ergo si sciebat stipulator rem esse divini juris hominem liberum esse, &c. valebit stipulatio? Quidam putaverunt valere saltem ad hoc, ut stipulator consequatur quod sua interest, ne frustra ea verba hic & apud Cajum expressa videantur. Sed & rectè Wesembecius respondet, verba ista addita esse, propterea quod in ignorante

te

re major est causa dubitandi, an non saltem æstimatio, aut id quod interest, peti possit: in sciente enim vix esse potest; quoniam tum non modo ratione materiæ, verùm etiam causæ efficientis: seu propter defectum consensus, harum rerum stipulatio nullius momenti est, *arg. l. non solum.* 31. *de obl. & act.* & maximè si etiam promissor sciverit, *l. domum.* 57. §. *ult. de contr. empt.* Sed quid si solus stipulator conditionē rei ignoret, promissor sciat, an non saltem propter dolum promissoris dabitur stipulatori actio in id, quod sua interest deceptum non esse? Adhuc dicendum videtur, non dari; siquidem in locis omnibus, ubi de stipulatione rerum, quæ in commercio non sunt, agitur, simpliciter pronuntiatur, inutilem eam esse & nullius momenti. Emptionis alia causa est: nam etsi nec emptio hominis liberi, loci sacri aut religiosi, hactenus teneat, ut res ipsæ debeantur, aut peti possint, tamen si hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut dumtaxat venditor sciat, emptor ignoret, placet emptionem eatenus saltem consistere, ut emptor actione ex empto vel pretium recipiat, vel consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur, *l. 4. qui officii.* 62. §. 1. *l. liberi.* 70. *de contr. empt.* §. *ult. inf. de empt. & vend.* Planè si ex causa onerosa stipulatio interposita sit, putarem cum Jo. Fab. in casu proposito nomine doli adversus promissorem agi posse.

Quæ usibus populi) Quæ in usu publico habentur. Additum ad differentiam eorum, quæ sunt in pecunia seu patrimonio populi aut Principis, *l. 6. l. pacta.* 72. §. *ult. de contr. empt.* quæ quidem & ipsa publica dicuntur, *l. quod in littore.* 14. *de acq. rer. dom. l. bona.* 15. *cum* 2. *seqq. de verb. sign.* nimirum propter personam possidentis: cæterum usu & jure, quo habentur, privata sunt atque in commercio, *l. 2.* §. *hoc interdictum.* 4. *ne quid in loc. publ.*

5 *Cujus commercium non habuerit*) Etiam earum rerum, quæ secundum quid extra commercium sunt, stipulatio inutilis, sed non semper. Inutilis, si vel propter rem impedimentum objiciatur, veluti si quis ea stipuletur, quæ ædibus juncta sunt: quoniam ea eximi & præstari Senatus vetuit, *l. cætera.* 41. *de legat.* 1. Et igitur cùm etiam hoc casu res ipsa non debeatur, nec debebitur rei æstimatio, quæ promissa non est, quod tamen non puto esse perpetuum, sed exemplo legati harum rerum aliquando etiam ex stipulatione æstimationem peti posse, *d. l. cætera.* 41. §. *si duobus.* 4. vel propter personam stipulatoris, quod ille rei commercium non habet, veluti si Judæus mancipium Christianum dari stipuletur: hoc enim casu non magis utilis stipulatio, quàm si res simpliciter atque in totum commercio exempta sit, *hoc text. l. multum.* 34. *de verb. obl.* Quod si stipulator commercium habeat, licet promissor non habeat, placet stipulationem valere, *d. l.* 34. quippe posteriore hoc casu præstatio rei non est promissori impossibilis. Nam etsi ipse rem, quam promisit, habere, possidere non potest; nihil tamen prohiberet, quominus eam sic comparet, ut non sibi habeat, sed statim ei præstet, cui jus est eum habere, *arg. l. aliud.* 71. *de verb. sign.* atque eadem hac ratione defenditur legatum rei cujus hæres commercium non habet, modo legatarius habeat, *l. mortuo.* 49. §. *sed Proculus.* 5. *de legat.* 2. de quo plura scripsimus *ad* §. *non solum.* 4. *sup. de legat.*

6 *Vel rem suam*) Tertium genus rerum, quæ dari nobis non possunt, res nostræ: quod enim nostrū est, id nobis dari aut amplius nostrum fieri non potest, §. *sic itaque.* 14. *inf. de act.* Nemo igitur rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l. nemo.* 82. *de verb. obl. l.* 1. §. *nec minus* 10. *de obl. & act.* Cui item consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sanè rem nostram nobis restitui, tum etiam pretium rei nostræ nobis dari, utiliter stipulamur, *d. l. nemo.* 82. Sed & rem furtivam dominum à fure rectè stipulari placet, modo tanquam furtivam stipuletur, *l. scire.* 29. §. *ult. de verb. obl.* cujus rei ratio petenda ex *d.* §. *si sic itaque.* 14. *inf. de act.*

7 *Nec in pendenti, &c.*) Sequuntur aliquot ampliationes, quæ tamen non pariter ad omnes superiores species pertinent. Prima significatur hoc vers. & apud Paulum *l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *vers. quamvis sacra profana fieri, &c. de verb. obl.* estque hæc, quod etsi res sacra postea profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihilo magis stipulatio vires habeat aut sumat, vetante nimirum regula Catoniana, quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere. Quæ regula ad stipulationes quoque translata est, *arg. l. cætera.* 41. §. 2. *de legat.* 1. *l. quod initio.* 29. *de reg. jur.* Ergo nec si stipulator postea rei commercium nactus fuerit, stipulatio convalescet, nec si sua res stipulatoris esse desierit, *hoc text.* nec si juncta ædibus postea fuerint separata, *d. l. cætera.* 41. §. 1.

8 *Licet initio utiliter, &c.*) Ampliatio secunda. Non solum inutilis est stipulatio in quam ab initio res, quæ commercio exemptæ sunt, aut alias dari non possunt, deducuntur, sed etiam si

si quid rectè atque utiliter promissum postea in talem causam sine facto promissoris devenerit, placet, stipulationem extingui, & dissolvi obligationem, licet ab initio rectè contracta sit; ut puta, stipulatus sum rem profanam aut Stichum mihi dari, ea res postea sacra, aut Stichus liber esse cœpit sine facto promissoris, placet, eum liberari, & satis esse, quod eventu præstatio facta sit impossibilis, *d. l. inter* 83. §. *sacram* 5. *versic. nam & cum*, *l. is qui* 51. *de verb. obl.* Suntque hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ rectè gesta sunt, resolvi, si eum casum inciderunt, à quo non poterunt incipere, *l.* 11. *de servit. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* vide notata sub §. *ex contrario* 14. *sup. de legat.* Eadem ratione & stipulatio rei alienæ perimitur, si res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris: sed hoc ita, si utraque causa fuerit lucrativa, non si altera onerosa, *d. l. inter* 83. §. 6. *l. omnes debitores* 17. *de obl. & act.* rationem diversi juris reddidi sub §. *si res* 6. *sup. de leg.* Quid si columna promissa facto alieno juncta sit ædibus? Non putarem, hoc casu stipulationem evanescere, *l. cætera* 41. §. *si duobus* 4. *de legat.* 1. De illo inter veteres non convenit, si res initio recta promissa, deinde commercio hominum exempta, rursum mutata conditione cœpit dari posse, veluti si servus liber factus in servitutem reciderit, an obligatio, quæ semel sublata fuit, restituatur. Celsus censuit restitui, magisque esse, ut propter impedimentum interveniens cessasse videri debeat obligatio, quàm penitus extincta fuisse. Sed hæc Celsi sententia admissa non est, crebriusque placuit, obligationem non restitui, utpote semel penitus sublatam: quemadmodum enim homo mortuus vitæ restitui non potest, ita nec in perpetuum extinctam obligationem posse resuscitari, *d. l. inter* 83. §. *sacram.* 5. *vers. nec revocamus*, *l. qui res* 98. §. *aream* 8. *de solut.* quibus locis etiam Celsi argumentis occurritur. Eadem dissensio & circa servum legatum interim manumissum, & postea servum iterum factum, inter Celsum & alios fuisse videtur, *l. si chorus* 79. §. *ult. de legat.* 3. junct. *l. servus* 27. §. 1. *de adim. legat.* quos tamen locos distinctione conciliare nititur Don. *in d. l. inter* 83. §. *sacram.* 5. *n.* 8.

[9] [10] [11] *Sine facto promissoris*) *D. l. inter* 83. §. 5. Additum ideo, quoniam si per promissorem factum sit, ut res dari posse desierit, veluti si servum promissum manumiserit, locum promissum religiosum aut publicum fieri passus sit, non extinguitur stipulatio, nec magis debitor liberatur, quàm si servum promissum occidisset. Itaque ne dolus aut culpa ejus adversario noceat, cùm res ipsa præstari non possit, præstabitur æstimatio. Idemque est, si postquam debitor in re præstanda moram fecit, ea perempta aut commercio exempta sit: quoties enim aut culpa aut mora debitoris intervenit; placet, obligationem continuari, id est, ex eo tempore perinde perpetuo eum teneri, ac si res adhuc extaret, *l.* 23. *l. servum* 91. *pr.* & §. 3. *de verb. obl.*

[12] *Lucium Titium cùm servus fuerit*) Ampliatio tertia. Rem commercio exemptam non tantùm purè inutiliter stipulamur: sed etiam sub conditione, licet nominatim in eum casum nobis caveamus, si dari posse cœperit. Itaque improbata est etiam hujusmodi stipulatio, *illum, cùm servus erit, dare spondes?* item, *eum locum, cùm ex sacro profanus esse cœperit, dare spondes?* nimirum quia nec præsentis temporis obligationem recipit, & ea dumtaxat, quæ natura sui possibilia sunt, in obligationem deduci possunt. Sed & mali hominis causa istiusmodi stipulationem detestamur, quoniam non solet ea mutatio contingere sine interitu civitatis, quod Paulus *d. l. inter* 83. §. *sacram.* 5. & Pomponius *l. si emptione* 34. §. 2. *de cont. empt.* declarant sub persona liberi hominis sub conditione promissi. Enim verò hæc ampliatio pertinet dumtaxat ad stipulationes earum rerum, quæ absolutè & natura sua commercio exemptæ sunt; ad eas res non pertinet, quæ cùm per se sint in commercio, nunc tamen non sunt propter impedimentum aliquod extrinsecus accedens & temporarium. Etenim, quæ ædibus juncta sunt, sub conditione stipulari non prohibentur, cùm & sub conditione legari possint, *d. l. cætera* 41. §. 1. *de legat.* 1. Sed nec pertinet ad stipulationem rei nostræ. Quippe & hanc sub conditione rectè stipulamur, ut stipulatio teneat, si tempore existentis conditionis nostra non sit, *l. si rem* 31. *l. existimo* 98. *de verb. obl. d. l. cætera* 41. §. 1. *de legat.* 1. *l. existimo* 61. *de contrah. empt.* Neque enim quominus hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet, *d. l. cætera* 41. §. 1. aut vitium rei, quod nullum est: potestque ea mutato interim domino nobis præstari, nec incivile est hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc sententia dubitatione, ut apparet ex *d. l. existimo* 98. *de verb. obl.* Illud ei adversari videtur, quod etiam conditionales stipulationes ex præsenti vires accipere traditur, *l. usufructus* 26. *de stip. serv.* & generaliter in omni stipulatione id tempus spectari, quo contrahimus, *l. filiusfam.* 78. *de verb. obl.*

Sed

Sed hoc rectè dicitur, cùm de persona stipulantis agitur, aut ejus, cui inde acquiritur: ad res quæ in stipulationem deducuntur, non pertinet. Ut enim statum capiat stipulatio, necesse est, eum, qui stipulatur, sive purè stipuletur, sive sub conditione, stipulandi capacem esse; eademque ratio ejus, cui ex stipulatione acquiri volumus. At rei quæ usibus hominum non exempta in stipulationem deducitur, præstatio & obligatio in eventum differri potest, ut ante illum eventum neque peti possit, neque quicquam debeatur, *l. cedere diem* 213. *de verb. sign.* sed tantùm spes sit, debitum iri, quam in hæredem transmittamus, §. *sub conditione* 4. *sup. de verb. oblig.*

TEXTUS.

De facto vel donatione alterius.

3. *Si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obligabitur, veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, spoponderit, obligatur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur qui alium daturum, &c. promittit, neque ipse obligetur, neque alium obliget?*
2 *De eo, qui se curaturum promittit, ut alius det.*
3 *Interdum qui factum alienum promittit, etiam sine expressione istorum verborum obligari: & moribus hodiernis semper.*

QUi alium daturum aut facturum promittit, neque ipse obligatur, neque alium 1 obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest, *l.* 3. *C. ne ux. pro marit.* Cur ipse non obligetur, duæ causæ sunt: una, quia non consentit, ut det, aut faciat: altera, quia, etsi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit: quorum utrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad impediendam verborum obligationem. De se igitur quemque promittere oportet, si eum obligari volumus, *d. l. inter* 83. *in pr. de verb. oblig.* Sed an non saltem hactenus eum, qui alium daturum aut facturum promisit, obligari dicimus, ut curare debeat, ut ille alius det, aut faciat? Dicendum est, ne hactenus quidem eum obligari: alioqui stipulatio hæc non esset inutilis; sed factum alienum utiliter promitteretur, contra quam in universum definit Hermogen. *l. sicut* 65. *de fidejuss.* & Ulpian. *l. stipulatio* 38. *in pr. de verb. obl.*

Qui effecturum se) Aut *se curaturum*, ut alius 2 det, *d. l. inter* 83. *pr. eod.* quippe hac stipulatione, non tam factum alienum, quàm proprium promissoris continetur, qui ob id in tantum tenebitur, quantum ut alter daret curaturum se promisit, per *l. si hæres* 72. *de legat.* 1. aut si promiserit curaturum se, ut alius aliquid faciat, tenebitur in id quod stipulatoris intererit. Communiter receptum tradit Wesembecius promissorem liberari, si omnem diligentiam adhibuerit ad rem conficiendam, nec profecerit, quasi hoc solum promisisse intelligatur: ut proinde non aliter conveniri possit, quàm si negligentia aut culpa ejus arguatur, allegans Bart. *conf.* 236. Boer. *decis. n.* 16. Schurff. *conf.* 15. *cent.* 1. textus tamen omnes indistinctè loquuntur, vid. D. Bronch. 4. *assert.* 40. Ant. Fab. *C. for. de contr. stipul. defin.* 10. Interdum sanè qui factum alienum 3 promittit, obligatur, quamvis verbis non exprimat, *se effecturum* aut *curaturum*, *&c.* quasi tacitè id actum videatur considerata qualitate negotii; veluti si quis promittat, certam personam pro se fidejussuram esse, *l. qui autem* 14. §. 2. *de pec. const.* item si procurator, de cujus mandato dubitatur, promiserit, rem ratam dominum habiturum, *tot. tit. rat. rem hab.* Estque posterior hæc stipulatio prætoria: ac proinde ut reliquæ ejusdem generis, legem & interpretationem recipit de mente prætoris, *l. in conventionalib.* 52. *de verb. obl. l.* 9. *de stipul. præt.* Similia exempla occurrunt in *l. stipul.* 18. *in pr. l. quoties* 81. *l. inter* 83. *pr. de verb. obl.* in quibus omnibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur. Qui promisit, *se facturum*, ut decem dentur, ipse dare cogitur, nec liberatur dando expromissorem, *l. si hæres* 73. *de legat.* 1. At qui *curaturum se*, ut decem dentur, promisit, placet, eum liberari alium reum locupletem dando, *l. ult.* §. 1. *de reb. cred. l. illa stipulatio* 67. §. 1. *de verb. obl.* Curare enim non tantùm numerare est, sed etiam delegare alium, qui adnumeret. Facere dandi significationem in proposito habet; Cujac. *ad d. l.* 67. Nostris & multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacitè intelligitur promittere se curaturum aut effecturum, ut alius det aut faciat. Grot. 2. *introduct. cap.* 3. Goris *advers. tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 10. convenienter æquitati juris Canonici. Covar. *in cap. quamvis de pact. in* 6. *p.* 2. §. 5. *n.* 1. Cyprian. *bie, cens. Belg.*

TEXTUS.

De eo, in quem confertur obligatio, vel solutio.

4. *Si quis alii, quàm ei, cujus juri subjectus est, stipuletur, nihil agit. Planè solutio etiam in extrantam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur,* mihi, aut Sejo dare spondes? *ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen Sejo, etiam invito eo, rectè possit, ut liberatio ipso jure contingat: sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quod si quis sibi & alii, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio. Sed utrum totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an verò pars dimidia, dubitatum est. Sed placuit, non plus, quàm dimidiam partem ei acquiri. Ei verò, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sit, tibi acquiri: quia vox tua tamquam filii intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri possunt.*

NOTÆ.

4. *Quàm ei, cujus juri subjectus*) Patri sc. aut domino, *l.* 38. §. 17. *l.* 45. *de verb. oblig. sup. de stip. serv. & inf. per quas pers. nob. obl.*

Nihil agit) Nec sibi acquirit, quia hoc actum non est; nec alteri, quia hoc repugnat fini omnium obligationum, *d. l.* 38. §. 17. *& inf. eod.* §. 18. *l.* 11. *de obl. & act.*

Etiam invito eo) Stipulatore scilicet. Cæterum hæc potestas adjecto solvendi, lite contestata intercidit, *l.* 16. *de fidejuss. l.* 58. §. 1. *de solut.* aut statu ejus in causam deteriorem mutato, *l.* 38. *dict. tit.* junct. *l.* 56. §. 2. *de verb. oblig.* nec ipse petere, nec novare, nec acceptum ferre potest: quia obligatio soli acquiritur stipulatori, *l.* 10. *de solut.*

Vox tua tamquam filii) Patris & filii persona penè eadem, *l. ultim. C. de impub. & al. subst.* Est enim filius veluti portio patris. Arist. 1. *magn. mor.* 34.

Quæ tibi acquiri possunt) Non ergo si quid pater stipuletur ex causa castrensis peculii, *l.* 39. *de verbor. obl.* aut si factum in personam filii conferat, *l.* 130. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui alteri stipulatur, emit, conducit, &c. nec sibi nec alteri obligationem acquirere.*
2 *Quæ cautiones hic adhibendæ?*
3 *An tabellarii stipulando alteri acquirant? & quid juris hodie?*
4 *Quibus in causis admissum; ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur, præter casus? num.* 2.
5 *Quid stipulatio solutione in alium collocata tribuat stipulatori?*
6 *Quid adjecto solutionis causa?*
7 *Quid permittat promissori, & quem liberationis modum faciat?*
8 *Quid si adjectus statum mutaverit?*
9 *Quid juris, si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur, tum ratione reorum, tum adjecti?*
10 *An in contractibus locus sit juri accrescendi?*
11 *De parte stipulante filio, sive quem in potestate habet, sive emancipato.*

Quemadmodum nemo alium daturum facturumve promittentes, aut ipse obligatur, aut alium obligat: ita nec alteri stipulando aut sibi, aut alteri obligationem acquirit, *l. stipulatio* 38. §. *alteri* 17. *de verb. obl. l.* 3. *C. de contr. stip.* §. *alteri* 18. *inf. hoc tit.* Non sibi, quia hoc actum non est, nec persona ejus stipulatione comprehensa: non alteri, quia repugnat fini stipulationum & obligationum; utpote quæ ad hoc omnes comparatæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: ut verò alteri detur, nihil interest nostra; *d. l. stipulatio* 38. §. *alteri* 17. Neque hoc ad stipulationes tantùm pertinet, sed ad cæteras quoque conventiones, §. *pen. sup. per quas person. l. si ita* 126. §. 2. *vers. respondit, de verb. obl. l. solutum* 11. §. *pen. de pign. act. l. quo tutela* 73. *in fin. de reg. jur.* In summa, ut Paulus scribit, *quæcumque gerimus, cùm ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant* (id est, ut nunc vulgò loquuntur, nisi in persona nostra radicentur,) *inanem actum nostrum efficiunt: & ideo,* inquit, *neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine rectè agat, possumus, l. quæcumque* 11. *de obl. & act.* Verùm hìc cautiones quædam adhibendæ sunt. [1]

Primum enim quod dicitur, neminem stipulando alteri obligationem aut actionem acquirere posse, de persona extranea intelligendum est, & sic temperandum, nisi ille alter, in quem stipulatio confertur, fictione juris eadem persona cum stipulatore habeatur: quo in numero sunt tum ii, quorum in potestate sumus, tum hæredes nostri. Plane enim quod servus domino, filiusfam. patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur, *hoc text. in pr. d. l. stipulatio* 38. §. *alteri* 17. *l. quodcumque* 45. *de verb. obl. sup. tit. de stip. serv. & infr. per quas person. nob. obl.* Sed & hæredibus nostris paciscendo & stipulando quidvis acquirimus, *d. l. stipulatio* 38. §. *sed si* 12. & §. 14. *de verb. obl. l. avus* 33. *de pact.* nec tantùm cùm morbis simul & hæredi- [2]

bus

bus nostris stipulamur, sed etiam cum hæredibus solis: utique jure novo ut actio ab hæredibus incipiat, *l. unic. C. ut act. ab hæred.* Deinde etsi ex aliena stipulatione non acquiritur alteri actio directa; sunt tamen quædam personæ, per quas ratione officii acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere sunt tutor, curator, actor civitatis: nam si tutor pupillo, curator adolescenti, actor civitati quid dari aut fieri stipulentur, placet, pupillo, adolescenti, civitati utilem actionem dari, *l. 5. §. penult. de pec. constit.* In eadem causa est & procurator militis, *l. si pecuniam 26. de rebus cred.* item magistratus in cautione pro pupillo à tutoribus aut adrogatore exigenda. Et non non solùm magistratus ipse ex his causis pupillo rectè stipulatur, sed etiam alium adhibere potest, puta servum publicum, aut si videtur, quemvis liberum hominem, qui idem pupillo stipuletur, *l. 1. §. si magistratus 11. & §. exigere 15. de magistrat. conv. l. non aliter 18. de adopt. l. 2. & 3. rem pup. salv. for.* Ad hæc ex stipulatione procuratoris tribus ex causis domino utilis actio datur. 1. si ex re domini stipuletur, *l. 5. quod procurator 68. de procurat.* 2. si domino præsente, *l. si procuratori 79. de verb. oblig.* 3. si utilitas id exigat, nec aliter domino res salva esse possit. Receptum id primum in contractu institoris, *l. 1. in fin. l. 2. de instit. act.* inde eadem conditione translatum ad contractus procuratoris, *l. 13. §. si procurator 25. de act. empt. l. 5. de prat. stip. l. damni 18. §. ult. de damn. infect.* Quæsitum de tabulariis, seu, ut nunc vulgò appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus absentibus rectè stipulentur, iisque obligationem acquirant. Quod omnino negandum est, si quidem de jure civili Romanorum quæratur: quippe quo jure nec servus publicus id potuit, nisi in duabus illis, quas dixi, causis, ac magistratu jubente stipulationem interponi. Si verò de jure hodierno, ubique fere locorum invaluit error veterum interpretum, receptumque, ut notarii aliis rectè stipulentur, & stipulando actionem acquirant. De eo tamen nondum satis convenit, an ex hujusmodi stipulatione aliave conventione notarii alteri absenti jus aliquod acquiratur ante ratihabitionem, vid. Thesaur. *decis.* 70. Fachin. 8. *contr.* 91. Christin. *vol.* 3. *decis.* 34. & *vol.* 4. *decis.* 177. & 209. ubi etiam quærit, an persona quoque non publica alteri stipulari possit secundum dispositionem juris Canonici, *cap. quoties cordi 9. quæst. 7.* Sanè non obstat jus naturæ aut gentium, quominus alteri etiam extraneo rectè quilibet stipuletur, ut ei volenti & promissum acceptanti obligatio & actio acquiratur. Immo id juri naturæ bene congruit, neque nihil mea interest per me alterum beneficio affici. Grot. 2. *de jur. bell. & pac. c. 17. num. 18.* & ideo moribus horum temporum id passim obtinet. Groenew. *de legib. abr. ad §. 18. inf. hoc tit.* & ibi cit. Cyprian. *Cens. Belg. ad §. 3. supr.* Postremo etiam illud in quibusdam causis admissum est, ut alteri ex pactione & stipulatione alterius actio utilis quæratur, si pactio adjecta sit actui naturali; ut puta rem alienam, quam apud se quis habebat, alteri commodavit, aut apud eum deposuit ea lege, ut is eam domino restitueret; aut alienos nummos alicui dedit, ut domino solverentur: ex his causis placet domino utilem actionem commodati, depositi, condictionem dari, *l. penult. C. ad exhib. l. si ita 126. §. 2. de verb. obligat.* Item si quis suos nummos alieno nomine mutuos dederit velut alienos, ei cujus nomine dati sunt, condictio acquiritur, *l. 9. §. pen. de reb. cred. d. l. si ita 126. §. 2. de verb. obligat.* Similia exempla sunt in *l. 6. C. de cond. ind. l. 13. de pign. act.* Postremo etiam affectioni personarum conjunctæ cum favore causæ hic aliquid tributum, *l. Cajus 45. solut. matrim. l. 7. de pact. conv.* rigorque juris posteriorum Impp. constitutionibus nonnihil mitigatus est, *l. 3. C. de donation. quæ sub mod.*

Solutio etiam in extraneam personam) Quod vetat regula juris alteri stipulari, in hanc sententiam vetat, ne stipulando alteri acquiratur. Cæterum si eo spectet stipulatio, ut obligatio soli acquiratur stipulatori, jus autem sit promissori, etiam alteri solvere, quominus ad hunc effectum utiliter persona extranea inseratur, regula non prohibet. Atque hoc est, quod hic dicitur, solutionem etiam in extraneam personam conferri posse.

Mihi aut Sejo dare spondes) Conferri in alium solutio seu potestas alteri solvendi fieri promissori intelliguntur, si quis disjunctim ita stipuletur, *Mihi aut Sejo decem dare spondes?* ac proinde utilis hæc stipulatio in utriusque persona stipulantis ad acquisitionem obligationis, in persona adjecti ad solutionem, *l. eum qui 56. §. 3. l. ultim. §. 3. de verbor. obl. l. si mihi 23. de fidei. l. 9. l. 10. de solut.* Sed age consideremus separatim, quid hæc stipulatio tribuat stipulatori, quid Sejo adjecto, quid denique promissori; tot enim sunt, ad quos ea pertinere potest. De stipulatore hoc loco & *d. l. ultim. §. 3. de verb. obl.* traditum est, ei soli ex hujusmodi stipulatione obligationem acquiri: & acquiritur citra dubitationem totius

tius summæ in stipulationem deductæ, ut solida decem ei debeantur, non pars dumtaxat. Neque enim quia decem duobus stipulatus est, ideo summa inter eos dividitur. Divideretur, si conjunctim stipulatus esset sibi & Sejo, de quo mox plura. Qui verò disjunctim decem sibi aut alii dari stipulatur, apertè stipulatur decem solida utrique: nec persona adjecta impedire potest, quominus in id totum, quod sibi quoque stipulatus est, obligationem & actionem acquirat. At ex contrario, Sejo adjecto ex stipulatione proposita nihil debetur: quippe cui nihil ex conventione aliena acquiri potuit. Itaque Sejus neque petere potest id, quod in stipulatum deductum est, neque promissorem ullo suo facto liberare, *l. 7. §. 1. de constit. pec. l. 10. de solut.* non fidejussores aut pignora accipere, *l. si mihi 23. de fidejuss. l. is qui 33. de pign.* denique nec pecunia ei suo nomine constitui potest, *d. l. 7. §. 1. de pec. const.* Solummodo ad hoc utilis hæc stipulatio in persona Seji adjecti, ut solutam ex causa stipulationis pecuniam accipere possit, eoque facto promissor liberetur. Cùm verò omnis adjecto solvendi facultas promissoris causa constituta sit, videndum etiam, quid hic promissori tribuatur ad liberationem. Promissori in summa hoc tribuitur, ut etiam adjecto solvere possit, eaque solutione ipso jure liberetur, ut hic expressum est. Et quamvis partem solverit stipulatori, nihilominus tamen reliquum rectè dabit adjecto, *l. cum decem 71. pr. de solut.* Hoc amplius etiam invito & prohibente stipulatore solvendo adjecto liberatur: nimirum quia certam conditionem habet stipulatio, quam immutare stipulatori non licet, *l. 12. §. pen. de solut. l. 16. de fidejuss.* Sed neque promissori ad solutionem obstat adjecti conditio. Stipulatus quis est sibi aut Sticho Sempronii servo dari: soli servo sine voluntate domini rectè solvitur, *l. 9. de solut.* Stipulatus quis est sibi aut pupillo: placet, promissorem etiam sine tutoris auctoritate pupillo solvendo liberari, *l. 11. d. tit.* Hoc ideo, quia dum adjecto solvitur, ipsi creditori solvi videtur, cùm nihil intersit, jubeam te alicui solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit, *l. si ita 59. eodem.* Cæterum & solutionis verbum & certæ personæ adjectio apertè liberationi modum facit, quem excedere non licet, ut in mandatis accidit, *l. 6. mandat.* ut proinde facultas hæc duabus rebus contineatur, certo facto promissoris, ut solvat videlicet, & certa persona, in qua hæc veluti conditio impleri debeat, si quid horum servatum non fuerit, placet, factum promissori ad liberationem non prodesse. Et primum igitur nihil agit promissor cum Sejo adjecto paciscendo, sive paciscatur Sejus se non petiturum, sive obligationem novare instituat, sive pecuniam promissori acceptam ferat, *l. 10. de solut.* Hanc quidem acceptilatio vim solutionis habet, & novatio, omnisque conventio liberandi debitoris causa interposita; sed tum solummodo, cùm à creditore proficiscuntur, cujus solius est debitorem liberare. Adjectus verò creditor non est. Deinde nihil agit promissor, si alii solvat, quàm adjecto: nam neque personam adjecti, quæ à stipulatore electa & probata est, egredi potest: in tantum ut etsi persona servi adjecta sit, nec domino rectè solvatur, nisi ex voluntate servi, *l. 9. l. Stichum 94. §. nam si 7. de solut.* Ad rem nihil pertinet, quod quæcumque per servum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam persona aliena hìc non adjicitur, ut vel ipse quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione si pupilli vel furiosi persona adjecta sit, nec tutori vel curatori dando liberatur, nisi pecunia in rem eorum versa sit, *d. l. 5. §. 7.* & quia adjectus procuratori similis est, nec hæredi ejus rectè solvitur: quippe cùm mandatum morte finiatur, *l. cùm quis 55. de verb. obl.* Cæterum omnis adjecto solvendi potestas lite cum stipulatore contestata intercidit, *l. 16. de fidei. l. si quis 57. §. 1. de solut.* Hoc ideo, quia judicio nova contrahitur obligatio, & prioris novatio fieri intelligitur, prout actori commodum fuerit, *l. 3. §. idem scribit 11. de pecul. l. aliam 29. de novat.* Illud ex sententia contrahentium placuit, ut ita demum adjecto rectè solvatur, si in eodem statu maneat, quo erat, cùm stipulatio interponeretur, quasi hæc conventio tacitè stipulationi insit, *si eadem causa maneat.* Itaque si vel in adoptionem se dederit, vel deportatus sit, aut servus factus, non rectè ei solvitur, *l. cum qui 38. princip. de solut.* Planè si ad meliorem causam pervenerit, puta si ex servo liber, ex filiofam. sui juris factus fuerit, dicendum est adhuc ei solvi posse, *argument. l. eum qui 26. §. 2. de verb. obl.* add. Donell. *l. 55. d. titul.* ubi refellit Cujacium contra sentientem atque alios vellicantem, ostenditque esse aliquid proprium ususfructus in specie, quæ proponitur à Papiniano in *l. Stichum 95. §. qui usumfruct. 6. de solut.*

Adversus Sejum habeat mandati actionem) Hoc idem traditur à Scævola in *l. Julianus. 131. §. 1. de verb. obl.* & ideo receptum est, quia alia actio deficit, & adjectus instar procuratoris est. Verum enim procuratorem non esse, immo

mo ne procuratorem quidem esse satis constat, *l. 12. §. 1. & 2. seqq. de solut.* Cæterum stipulator ut plurimum adjecto mandare solet, ut solutionem accipiat.

Si quis sibi & alii) Hac stipulatione recepta, *Mihi aut Titio dare spondes?* qua placet solutionem saltem utiliter in Titium conferri, quæsitum est, propter similitudinem conceptionis, num idem efficiatur conjunctim stipulando, *Mihi & Titio decem dari.* Sed diversa hic omnia constituta sunt, tum in persona stipulatoris, tum in persona adjecti. Ad stipulatorem quod attinet, hoc interest inter priorem stipulationem & hanc posteriorem, quod ex illa tantum, quantum promissum est, stipulatori debetur, ex hac dimidium dumtaxat, *l. si mihi. 110. de verb. obl. & hoc text.* Cur verò tam variè? nimirum propter diversam vim orationis disjunctivæ & conjunctivæ: quippe hujus vis est: ut pro numero personarum summa stipulatione comprehensa dividatur, illius non item. Cùm enim disjunctim quis stipulatur sibi aut Titio decem dari, non attribuit hanc summam pluribus, sed uni tantùm, si alteri non detur. Quæ autem summa uni attributa est, ea non potest dici enumeratione personarum divisa. At cùm stipulor conjunctim mihi & Titio decem dari, eodem tempore & simul stipulor eadem summam mihi & Titio: ut perinde sit, ac si dixissem, *Mibi & Titio simul decem dabis?* id est, mihi quinque, & Titio quinque. Atque hoc est, quod Julianus ait, una decem communiter in hac stipulatione comprehendi, *l. eum qui. 56. pr. de verb. obl. fac. l. cui fundus. 56. de cond. & dem. l. reos 11. §. 1. de duob. reis.* Hinc etiam efficitur, ut etiamsi non pecunia, sed certum corpus stipulatione comprehensum sit, non amplius tamen quàm pars debeatur, ut rectè censet Bachovius contra Hotomannum, *fac. d. l. si mihi 110. de verb. obl.* Planè si res in stipulatum deducta divisionem non recipiat, aut ejus sit conditionis, ut adjecto acquiri non possit, magis est, ut persona ejus pro supervacuo adjecta habeatur, *arg. l. 5. comm. præd. §. ult. sup. de stip. serv.* Quod etiam in emptione & venditione receptum est, sed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota constituitur; & injuria afficeretur venditor, si res pro parte tantùm vendita intelligeretur, *l. fundus. 64. de cont. empt.* De Titio adjecto nihil nominatim à veteribus definitum legimus. Cæterum hoc posito in hac specie, *Mibi & Titio decem dabis?* stipulatorem videri tantùm quinque sibi stipulari, reliquum Titio, satis intelligitur, Titio nec ullam obligationem, utpote extraneo, acquiri, nec ei quicquam à promissore rectè solvi; cùm non solutioni, sed obligationi persona illius applicata sit.

Non plus quàm dimidiam partem) Uti ex stipulatione proposita obligatio in solidum stipulatori non acquiritur, ne quod extraneo inutiliter stipulatus est, partem ejus augeat, *l. si mihi. 110. de verb. obl.* ita nec in totum inutilis est, sed pro parte tantùm, ne quod sibi utiliter stipulatus est, inutili adjectione vitietur, *l. 1. §. pen. eod. cap. utile. 37. de reg. jur. in 6.* Hinc vulgo colligunt, jus accrescendi inter conjunctos non habere locum in contractibus, nisi aut causa onerosa, aut res individua sit. Gomez. *1. resolut. cap. 10. & ibi citati num. 1. & seqq.* Quod tamen insubtiliter dicitur. Nam de jure accrescendi non rectè disputatur, nisi actus in utriusque persona ab initio consistat, ut concurrentes singuli partem petere possint, uno autem deficiente totum ad alterum pertineat, ut fit, cùm duo ad eamdem hæreditatem vocantur, aut cùm duobus eadem res conjunctim legatur, *§. si eadem. 8. sup. de legat.* At in contractibus persona conjuncti facit, ut actus aut pro parte nullus sit, aut ut perinde sit habendus, ac si omnino adjectus non esset, totumque negotium ad alterum solùm pertineret, add. Duar. *lib. 1. de jur. accresc. cap. 15.* Bronchorst. *2. assent. 60.* D. Svvanenb. *de jur. accresc. c. 8.* VINN. Quoties itaque copulativè concipitur stipulatio: *Mibi & Titio decem dare spondes?* stipulatio tantùm ratione mei utilis habetur, mihique debentur quinque. Enimverò an non turbat, *l. 38. §. 19. ff. de V. O.* Ulpianus respondet: *Eum qui dicat mibi decem & Titio decem, eadem decem, non alia decem dicere credendum est?* Turbaret sanè, si Ulpianus diceret, Titio eadem decem deberi: sed id non dicit. Potius sensus est, eum qui sibi decem & Titio decem stipuletur, non stipulari viginti, sed decem tantum, adeoque non decem sed quinque tantum accipere. Aliud tamen in ultimis obtinet voluntatibus. Nam, *si quis testamento suo Titio & Sejo decem dari jusserit, nullam hæc verba recipiunt ambiguitatem, ut DENA dixisse videatur, qui decem dixit.* Ita Julianus *l. 79. ff. de legat.* In ultimis enim voluntatibus quin & alii absenti ab alio legari possit, nemo dubitat. HEIN.

Qui tuo juri subjectus est) Interdum qui verbis stipulatur, vi ipsa sibi stipulari intelligitur, sibique actionem acquirit: idque toties accidit, quoties stipulantis pecuniariter interest alteri dari: de quo dicemus *inf. sub. §. etsi. 19.*

Per-

11 Pertinent huc dominus & pater, qui filium in potestate habet, quos placet servo & filio rectè stipulari, *hoc text. l. dominus. 39. l. eum qui. 56. §. 3. l. quod dicitur. 130. de verb. obl. l. 2. C. de contr. stip.* nempe quia servo aut filio dari domini aut patris interest: quoniam quod servo aut filio ex illa stipulatione datum erit, id statim domino aut patri acquiritur. Ait, *Tuo juri subjectus.* Ergo si filio emancipato pater stipuletur, non idem probandum est, *l. si genero. 26. C. de jur. dot.* Sed nec ipsi filio emancipato ex stipulatione patris obligatio ulla aut actio acquiritur, *d. l. si genero. 26.* Nec obstat *l. quodcumque 45. §. 2. de verb. obl.* nam illud dumtaxat ex eo loco rectè colligitur, quibus in causis pater filiæ emancipatæ stipulari potest, in his etiam huic filiæ rectè stipulari post mortem suam, ut utilis actio filiæ detur. At hoc tantùm receptum in causa dotis, cùm pater dotem & quidem à se profectam stipulatur reddi filiæ, cujus nomine data est, *l. Cajus. 45. solut. matr. l. 7. de pact. conv.* Neque verò uteretur Jurisconsultus exemplo filiæ, si pariter filio quoque emancipato, & quidvis liberis omnibus pater rectè stipularetur. Donell. *ad l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. n. 60. de verb. obl.*

Vox una tamquam filii) Patris & filii, quem in potestate habet, eadem persona, eadem vox esse dicitur, *§. post. mortem. 12. inf.* Sed observetur, hoc dici cum hac adjectione, cùm per filium patri acquiritur, *hoc text.* Quod si pater filio stipuletur, quod consistat in persona filii, nec ad patrem redire possit, hic non eadem vox patris & filii habetur, nec magis utilis est stipulatio, quàm si cuivis extraneo stipulatus esset. Hinc improbata primum hæc stipulatio, si pater stipuletur factum, quod in personam filii conferatur, puta ut ei ire agere liceat, *l. quod dicitur. 130. de verb. obl.* Deinde & illa, si stipuletur quidem filio id, quod juris sit, sed quod leges ei acquiri non permittunt, *l. dominus. 39. eod. & hoc text.* veluti si quid stipuletur filio ex causa castrensis peculii, aut adventitii, quod patri nullo modo acquiratur: nam ubi ususfructus patri quæritur, saltem usque ad quantitatem ususfructus eum actionem habiturum existimo: quia hactenus ejus interest.

TEXTUS.

De interrogatione, & responsione.

5. *Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat, veluti si quis decem aureos à te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contra; aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si ei sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas,* præsenti die spondeo. *Nam si hoc solùm respondeas,* promitto; *breviter videris in eamdem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.*

NOTÆ.

5. *Si quis decem, &c. tu quinque vel contra*) Tota hæc verborum conceptio non est planè inutilis, sed pro ea summa dumtaxat, quæ vel interrogationem vel responsionem excurrit: quoniam cùm in majori summa semper insit minor, hactenus quoque aptè responsum hìc intelligitur, *l. 1. §. 4. l. 83. §. 3. de verb. obl.* Similiter si quis de una re interrogatus promittat & eam, & plures conjunctim; aut de pluribus conjunctis ex his unam, placet, promissorem saltem obligari in eam rem, de qua & interrogatus est, & respondit, *d. l. 1. §. 5. d. l. 83. §. 4.*

COMMENTARIUS.

1 *Interrogationis & responsionis congruentia unde æstimanda.*
2 *Quid juris, si diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem? & n. 4. & 7.*
3 *Quid si circa qualitatem seu formam stipulationis? & n. 6.*
5 *Ad quam speciem pertineat definitio,* l. 1. §. 3. in fin. de verb. obl.
6 *Quid si impersonaliter respondeatur?*

AD conficiendam stipulationem constituendamque obligationem verborum non satis est, respondentem illico respondere, sed etiam necesse est, ut respondeat congruenter ad interrogationem: alioqui inutilis est stipulatio, auctore Justiniano in *pr. hujus §.* 1 Interrogationis & responsionis congruentia non tam ex verbis, quàm ex re & sententia verborum æstimanda est. Nam qui idem respondet, de quo interrogatus est, & respondet eodem modo seu servata eadem qualitate interrogationis, congruenter respondere intelligitur, etsi non eadem lingua respondeat, veluti si Latinè interrogatus, respondeat Græcè, *§. 1. sup. de verb. obl. l. 1. §. ult. eod.* Similiter qui stipulanti denarios ejusdem quantitatis aureos spondet, obligatur, ut qui aptè ad interrogandum responderit, *l. quæ extrinsecus. 65. §. 1. eod.* Sed & qui ita interrogatus, Dabis? respondet, Quid in? rectè respon-

pondisse intelligitur, & obligatio constituta, *d. l.* 1. §. 2. Denique non est necesse, verba stipulatoris omnia in respondendo repetere, *hoc text. in fin.* Qui verò aut non idem respondet, aut respondet alio modo seu mutata forma aut qualitate stipulationis, is non intelligitur respondisse convenienter interrogationi, atque in ea causa est, ut non obligetur. Cæterum ad vim obligationis multum interest, utrum quis non idem respondeat, an alio modo: idest, utrum diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem in stipulationem deductam, an circa stipulationis 2 qualitatem. Cùm in re ipsa dissentit responsio, non quidem quando respondetur planè aliud, veluti pro Sticho Pamphilus, (nam isto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit,) sed cùm respondetur plus aut minus, placet non in totum stipulationem esse inutilem, sed tantum quatenus plus aut minus est in responsione aut interrogatione, idque sive certa summa sive certa corpora in stipulatum deducta sunt. Itaque si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, aut ex contrario, si viginti stipulanti, respondeas decem; non in totum inutilis est stipulatio, sed pro ea summa dumtaxat, quæ alterius vel interrogationem vel responsionem excurrit: nam in decem utique & utroque casu obligationem contractam, disertè scribit Ulp. *d. l.* 1. §. *si stipulanti.* 4. *de verb. obl.* Similiter si quis de re una interrogatus promittat & eam & plures conjunctim, veluti si de Sticho interrogatus, Stichum & Pamphilum spondeat, aut ex converso de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Sticho & Pamphilo, unum ex his promiserit, non in totum vitiatur obligatio sed placet promissorem saltem obligari in eam rem, de qua interrogatus est, & respondit, *d. l.* 1. §. *sed si.* 5. neque nova stipulatoris approbatio efficit, ut in totum hæ stipulationes valeant, & quatenus consistunt, etiam sine ea consistunt, *l. inter.* 83. §. *item si* 4. *eod.* §. *quoties.* 17. *inf. eod.* Vinn. Ita quidem Ulpianus *d. l.* 1. §. 4. *ff. de V. O.* Sed nescio an omnes veteres idem senserint. Saltim Cajus, *lib. II. Instit. tit.* 9. §. 10. *si creditor*, inquit, *decem solidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat, hoc ordine totum debitum vacilare cognoscitur.* Idem sensus videtur §. nostri. Utrum ergo hanc contrarietatem nullo pacto conciliari posse dicemus cum Hotomanno? An cum Accursio dicemus quoad minorem summam valere promissionem, si alter statim in eam consenserit & de novo stipulatus sit? Posterius sanè magis placet, quàm ut sine ea limitatione paragraphum nostrum ex Ulpiani *l.* 1. *ff. de V. O.* interpretemur. Hein. At cum quis mutata stipulatio- 3 nis qualitate aliter respondet, quàm interrogatus est; quod fit, cùm vel simpliciter interrogatus respondet se daturum sub conditione vel in diem; vel sub conditione, aut in diem interrogatus respondet purè, id est sic ut expressè dicat se statim daturum; hic evenit, ut in totum nulla contrahatur obligatio, qua tamen specie hæc exceptio probata est, nisi diversitas responsionis illico placuerit stipulatori. Videamus autem quàm rectè hæc omnia dicantur. Illud extra controversiam est, si de decem interrogatus respondeas viginti, non esse contractam obligationem in viginti, quia de viginti interrogatus non es, quod significat Ul- 4 pian. *d. l.* 1. §. 4. cum ait *oportere congruere summam.* At quid si mihi illico placeat responsio tua? Ajo, nihilo magis te in viginti obligari: etenim natura stipulationis, quæ interrogationem præcedentem desiderat, non patitur, ut in id, de quo interrogatus non es, obligatio contrahatur, quantumvis promissio tua mihi placeat. De eo quæritur, an ex hujusmodi stipulatione saltem tenearis in decem? Et ait Ulpianus *d. l.* 1. obligationem saltem in decem esse contractam, idemque esse & si me viginti interrogante, tu decem respondeas. Sed utrum hoc ita demum, si responsio tua mihi confestim placeat, ut quidam existimaverunt, an etsi non placeat? Ajo, etsi non placeat: hoc enim evidenter demonstrat ratio Ulpiani, *Licet enim*, inquit, *oportet congruere summam; attamen manifestum est, viginti & decem inesse*: quasi dicat, diversitas responsionis in decem hic nulla est, sed summa interrogationis & responsionis saltem in decem optime convenit: quod si verum est, frustra 5 desideramus aliam stipulatoris approbationem, *fac. l. inter.* 83. §. 3. *de verb. obl.* Idem multo magis dicendum est, si plures res conjunctim aut in interrogationem aut in responsionem deducantur: nam tunc plures sunt stipulationes invicem distinctæ, tot. videl. quot sunt res expressæ: quarum stipulationum cùm illæ utiles sint, in quibus ad interrogatum responsum est, per alias inutiles vitiari non debent, *d. l.* 1. §. 5. *l. scire.* 29. *d. l. inter.* 83. §. 4. *l. quod dicitur.* 86. *eod.* At enim Jurisconsultus *d. l.* 1. §. 3. *in fin.* sic generaliter definit, *Cùm adjicitur aliquid, aut detrahitur obligationi semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit.* Nemo, hanc definitionem ad eam speciem pertinere, cùm stipulanti res plures aut pau-

cio-

ciores spondemus, quàm stipulatus est. Nam ubi plures sunt stipulationes separatæ, ibi una neque adjici alteri rectè dicitur, quia nunquam cohærent, neque detrahi, quia prius in altera non sunt. Sed neque pertinet ad eam speciem, cùm major aut minor summa promittitur, quàm stipulatione comprehensa est: satis enim est, ad stipulationem idem respondere, de quo interrogatus es, etiamsi in partem, (dummodo certam & divisam) non autem ad omnia respondeas, *l.* 1. §. 4. Quo igitur pertinet? Ad speciem illam alteram, cui & subjicitur, cùm scilicet respondetur, mutata interrogationis forma, conditione, aut die obligationi adjecta vel detracta; quo casu alias in totum vitiaretur stipulatio, sive plus sive minus promittatur: quoniam neutiquam congrua illa responsio, quæ aliam formam & qualitatem obligationis facit. VINN. Immo *l.* 1. §. 3. omnino videtur ad eum casum pertinere si stipulanti res plures vel pauciores spondemus, quàm rogavit. Exemplum est apud Plaut. *in Trinum. Act.* 5. *scen.* 2. *v.* 33. ubi quum Charmidas interroganti Lysiteli: *Sponden' ergo tuam gnatam uxorem mihi?* responderet: *Spondeo & mille auri Philippum dotis*: Lysiteles stipulationem repetit, quia stipulatoris diversitas responsionis illico non placebat. Et tamen plus promiserat Charmidas quàm fuerat interrogatus. HEIN. Cæterum quia hìc circa rem ipsam nulla est in interrogatione & responsione diversitas, placet approbationem stipulatoris de qualitate responsionis efficere, ut post eam perinde habeatur, ac si ad interrogatum congruenter responsum esset; atque ut Jurisconsultus *d. loc.* ait, quasi alia contracta esset stipulatio: ex quo rectè etiam hoc colligitur, hanc approbationem efficere, ut id quoque, quod plus hìc promissum est, debeatur. D. Tuld. *comm. hoc. tit. cap.* 2. Conditio etiam tunc obligationi adjici aut detrahi intelligitur, cùm quis de una re interrogatus disjunctim plures promittit, aut de pluribus disjunctim interrogatus unam ex his. Ut ecce, si quis de Pamphilo interrogatus, Pamphilum aut Stichum respondeat, hìc qui purè interrogatus est, obligationi adjicit conditionem, Pamphilum sub conditione spondens, si Stichum non dederit. Et ex converso si stipulante me Pamphilum aut Stichum, tu unum daturum re spoponderis, hìc obligationi conditionem detrahis, purè promittens quod ego sub conditione stipulatus sum, ac proinde utroque casu fit, ut stipulatio in totum sit inutilis, quia neutro respondetur servata stipulationis forma, *d. l.* 83. §. 2. *d. l.* 1. §. 3. In summis verò etiam hic, quod minus rectè sponderi intelligitur, *d. l.* 83. §. 3. Fusè Don. ad *d. l.* 1. §. 3. 4. 5. sed melius ad *l. scire.* 29. *eod. sub fin.* Gomez. 2. *res.* 10. *n.* 4. Hodie postquam vis pacti & stipulationis exæquata est, non usquequaque hujus subtilitatis ratio habetur.

Tu quinque promittas, vel contra) Ostendimus ex Ulpiano, *l.* 1. §. 4. *de verb. obl.* cùm quis majorem aut minorem summam spondet, quàm de qua interrogatus est, non in totum vitiari obligationem, sed valere saltem in summam minorem: quoniam hactenus aptè atque ad interrogatum responsum est. Non existimandum, id negare Imperatorem, cùm hìc ita proponit, *inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat*; & ad hoc declarandum tali exemplo utitur, *Si quis decem à te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.* Sufficit enim ad probandum quod proposuit, esse in hoc exemplo stipulationem, in qua ad interrogatum responsum non est, & hanc stipulationem hactenus esse inutilem: quod & verum est. At ex eo non sequitur, inutilem esse totam istam conceptionem. *Decem aureos mihi dare spondes? Quinque dare spondeo.* Nam cùm in quinque, quæ manifestum est decem inesse, responsio cum interrogatione conveniat, utique saltem in quinque etiam valere debet proposita stipulatio, juxta sententiam Ulpiani, & vel secundum hanc ipsam Justiniani propositionem. Auctorem Institutionum, quæ Caji nomine scribuntur, *lib.* 2. *tit. de obl.* §. 10. sive is Anianus fuit, sive quis alius, nihil moror. Planè alia ratio est contractuum onerosorum, in quibus quid vicissim præstandum est, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit, si quinque ei promittantur, pro dissentiente in totum habetur, ne præjudicium ei fiat, *l. si decem.* 52. *de locat.* Gomez. 2. *resol. c.* 10. *n.* 4. D. Bronch. 4. *assert.* 37.

Ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra.) Exemplum stipulationis, quæ ideo inutilis, quia respondetur mutata obligationis forma, adjectum scilicet aut detracta conditione: cujusmodi stipulationem prorsus inutilem esse paulo ante probavimus, nisi diversitas responsionis illico placeat ex *l.* 1. §. 3. de *verb. obl.* quanquam hoc omissum hìc à Compositoribus, ut alia, in quibus hoc genus discrepat à superiore. Sciamus igitur, alterum cum altero secundum quid tantùm comparari.

Neque enim necesse est, &c.) Non est neces-
se,

se, ut respondens verba stipulationis omnia repetat, sed simpliciter respondendo, *Spondeo* aut *Promitto*, responsio ad universam conceptionem atque ad omnia interrogata refertur, §. *quoties*. 17. *inf.* nam ut stipulator verba concepit, & quasi præivit, ita respondisse intelligitur. Quid si interrogatus *Dabis?* respondeat impersonaliter, *Dabitur*? Puto rectè atque ad interrogatum responsum videri debere, *arg. d. l.* 1. §. 2. *de verb. obl.* neque obstat *auth. si quando. C. de const. pecun.* ubi Justinianus cavet, ne obligetur de pecunia constituta, qui ita dicit, *Satisfiet tibi.* Nam in constituto nulla præcedit interrogatio, ad quam verba ista referantur. Alciat. 2. *parerg.* 18. Don. *in l.* 5. §. 1. *n.*4. *& seq. de verb. obl.*

Textus.
De his qui sunt, vel habent in potestate.

6. *Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui tuo juri subjectus est, vel si is à te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii: filii verò familiarum aliis obligari possunt.*

Notæ.

6. *Vel ab eo, qui tuo juri*) Ratio est, quia nemo sibi ipsi obligari potest, *l.* 11. *de leg.* 1. aut secum ipse agere, *l.* 16. *de furt.* Dominus autem & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, vice unius personæ funguntur, §. 4. *sup. eod. fac. l.* 7. *de obl. & act. l.* 4. *de jud.* Utique tamen naturalis saltem obligatio in proposito nascitur, §. 1. *tit. prox. l.* 38. *de cond. ind.*

Filiisam. aliis obligari possunt) Servi naturaliter tantùm ex contractibus obligantur, *l.* 14. *l.* 43. *de obl. & act.* quia quod ad jus civile attinet, pro nullis habentur, *l.* 32. *de reg. jur.* τοῖς δούλοις οὐκ ἔστι μετουσία πολιτείας. Liban. *dec.* 16. At filiisam. extra patrem & causam mutui etiam civiliter, ut reliqui cives, *l.* 39. *de obl. & act. l.* 57. *de jud. l. ult.* §. 2. *de verb. obl.*

Commentarius.

Qui stipulatur ab eo, quem in potestate habet, cujusve ipse est in potestate, nihil agit: cujus rei ratio petenda ex eo, quod superius diximus sub §. 4. *h. t.* quod dominus & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, eadem persona censetur. Nemo enim sibi ipsi obligari potest, *l.* 11. *de legat.* 1. *l. hæres.* 21. §. 3. *de fidejuss.* Et quidem ad producendam obligationem civilem, de qua hìc agitur, sive dominus à servo, sive pater à filio stipuletur, obligationem naturalem nasci, argumento est, quod fidejussor acceptus tenetur, §. 1. *tit. seq. l. si quis.* 56. §. 1. *de fidejuss.* Sed si servus à domino, filius à patre stipuletur, placet nec fidejussorem acceptum teneri, *d. l. si quis.* 56. §. *ult.* Et an igitur hoc posteriore casu ne naturalis quidem obligatio nascitur? Omnino, *l. quod dominus.* 64. *de cond. ind.* sed hìc fidejussor acceptus ideo non tenetur, quia si qua hìc esset fidejussoris obligatio, ea acquiretur domino aut patri.

Tuo juri subjectus) Igitur à sensu contrario pater à filio emancipato, aut filius emancipatus à patre si stipuletur, utilis est stipulatio. Idemque probandum est, si stipulatio ad bona filii castrensia pertineat: quippe cùm in his filiusfam. vice patrisfam. fungatur, *l.* 2. *de sen. Mac. l.* 4. *de jud.* Et quidni idem quoque dicamus de bonis adventitiis, quorum plenam filius proprietatem habet? *arg. Nov.* 117. *c.* 1. & hodie simpliciter, quoniam [illegible] illa una cum veteris patriæ potestatis effectu exolevit.

Filii verò familiarum aliis obligari possunt) Inter servum & filiumfam. hoc interest, quod servus non tantùm domino, sed nec ulli alii ex contractu civiliter obligari potest, *l. servi.* 14. *de obl. & act.* Filius autem familias extra patrem & causam mutui tamquam patremfam. omnibus aliis obligatur, *filiusfam.* 39. *eod. tit.* vid. *inf. tit. quod cum eo, qui in alien. potest.*

Textus.
De muto & surdo.

7. *Mutum neque stipulari, neque promittere posse, palam est: quod & in surdo receptum est, quia & is, qui stipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed de eo, qui omnino non audit.*

Commentarius.

Cum stipulatio confici non possit, nisi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatum respondente, palam est, neque mutum neque surdum ad verborum obligationem pertinere: non mutum, quia loqui non potest, non surdum, quia verba stipulantis audire, & proinde ad interrogata respondere nequit. Non enim sufficit ad hanc obligationem constituendam, per litteras aut interrogari aut respondere, sed verba utrin-

utrinque intervenire & lingua nuncupari necesse est, *l. 1. pr. de verb. obl. l. 1. §. pen. & ult. de obl. & act.* Enimverò quod mutus & surdus per se facere non possunt, ut aut stipulando sibi acquirant, aut promittendo obligentur, id efficere possunt per servum, si quid eorum illum facere jubeant, *d. l. 1. in pr. de verb. obl.* Etenim quod servus stipulatur, id domino volenti rectè acquirit, cui etiam nullo ejus jussu præcedente acquireret, atque adeo invito, §. *item vobis. 3. sup. per quas pers.* Si quid jussu domini promittat, placet dominum obligari quod jussu, *d. l. 1. in fin. pr. de verb. obl. l. 1. quod jussu. §. 1. inf. quod cum eo, qui in al. potest.* At quomodo jubebunt? nutu, per nuntium, per epistolam. Qui surdus tantum est, etiam verbis jubere potest.

Qui omnino non audit) Scribit tamen alibi Justinianus, neminem tam surdum esse, quin audiat, si quis supra cerebrum ejus loquatur, *l. discretis. 10. C. qui testam. fac.* Ego autem puto, commentum hoc esse, ut & alterum illud, quod idem eodem loco affirmat, fieri posse, ut is, qui surdus natus est, articulatam vocem edat, vid Plin. *lib. 10. nat. hist. cap. 69.* Vinn. Prius non Justinianus, sed Celsus dixit, forte ex philosophi alicujus veteris traditione, quales traditiones de rebus naturalibus sæpe fallunt. Experimento quodam rem firmare voluit Casp. Schott. *Schol. Steganogr. Class. 8. cap. 17. Annotat. 2. p. 339.* sed fides sit penes auctorem. Magis certum est surdum à nativitate articulatam vocem edere posse. Artem hìc superare naturæ vitium exemplis pluribus mihi constat Conf. Præceptoris τοῦ μακαρίτου Sam. Strykii *de Jure sens. Diss. 4. cap. 1. §. 21. p. 223.* Hein.

Textus.

De furioso.

8. *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quod agit.*

Commentarius.

Verbis fieri stipulatio dicitur, non quod sine consensu solis verbis fiat, sed quod sine verbis non fiat solo consensu. Semper enim illud manere debet, nullam obligationem, quæ quidem ex contractu fit, sine consensu consistere, *l. 1. §. conventionis. 3. de pact.* Proinde quicumque animum habent voluntatis & judicii expertem, hi non magis ex stipulatu, quàm ex quovis alio contractu obligari possunt. In hoc genere sunt furiosi, mente capti, prodigi, infantes. Furiosum nullum negotium contrahere aut gerere posse, natura manifestum est, *l. 1. §. furiosus. 12. de obl. & act. l. si à reo. 70. §. 4. de fidejuss. l. 5. de reg. jur.* Ea res facit, ut nec accedente curatoris auctoritate obligetur, *d. l. 5. de reg. jur.* Prius enim est, ut quid agi aut geri intelligatur, quàm ut curator dici possit, quod agitur, aut geritur, probare. De furioso quod dicitur, id intelligendum est etiam ad mente captum pertinere, qui furore non corripitur, quoniam non alia ratione in furioso locum habet, quàm quia mente caret, sive ut hìc scriptum est, *quia non intelligit, quod agit.* In eadem causa cum furioso est & prodigus, seu is, cui bonis interdictum est, verùm cum de eo obligando agitur dumtaxat. In acquirendo enim dissimilitudo est. Quippe furiosus nullum negotium rectè gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat, *d. l. 1. §. 12. de obl. & act.* At prodigus stipulando aut aliter contrahendo sibi acquirere potest, licet promittendo non obligetur non magis quàm furiosus, *l. 6. de verb. obl.* neque alio pertinet comparatio furiosi aut prodigi in *l. furiosi. 40. de reg. jur.* Obiter hic illud admonendi sumus, quod furiosus gessit in intermissione furoris, ratum haberi, neque ullum negotium antea rectè gestum furore postea interveniente perimi, *§. 1. sup. quib. non est perm. fac. test. l. 9. C. qui test. fac.* & ibi DD.

Textus.

De impubere.

9. *Pupillus omne negotium rectè gerit, ita tamen ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor: veluti si ipse obligetur, nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Sed quod diximus de pupillis utique de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans & qui infantiæ proximus est, non multum à furioso distant, quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.*

Notæ.

Infans) Infantem dicimus usque ad annum septimum, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 18. C. de jur. del.* qua ætate planè absolvitur integritas loquendi. Macrob. *1. in Somn. Scip. 6.*

Infantiæ proximus) Qui septennium egressus ad-

adhuc consistit intra annum decimum & dimidium, aut pupilla intra annum nonum & dimidium.

Ne auctore quidem patre) *L. ult.* §. 2. *de verb. obl.* sicut nec ex contrario auctore patre sibi acquirere potest. Pupilli alia ratio, cujus è re est, saltem tutore auctore obligari posse, cùm ipse vicissim sibi alios obliget.

COMMENTARIUS.

1 *Gradus ætatis pupillaris, & quamdiu quis infans habeatur?*
2 *Proximus infantiæ quis dicatur, & quando ita appellari desinat, vocarique incipiat pubertati proximus?*
3 *Iterum de infante & infantiæ proximo.*
4 *De proximis pubertati: & an non saltem naturaliter sine tutoris auctoritate obligentur?*
5 *De obligatione puberum minorum* 25. *annis.*
6 *Cur placeat, impuberem ne patre quidem auctore obligari?*

PUpillus omnia tutore auctore rectè agit, quædam etiam sine eo. Tutore auctore tam se aliis, quàm alios sibi obligare potest: sine tutoris auctoritate se quidem aliis non obligat, sed alios sibi, & in universum conditionem suam meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate, *l.* 9. *de auct. tut.* qua de re dictum *lib.* 1. *tit. de auct. tut.* Cæterum quod ita generaliter alibi definitur, id hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes seu cujuslibet ætatis; verùm ad eos tantùm, qui jam habent aliquem intellectum. Quinam 1 illi ex pupillis sint, postea intelligetur. Ætatis pupillaris tres sunt partes sive gradus. Est infans; est infantiæ proximus; est proximus puberti. Infans dicitur, quasi fandi impos. Atque hæc duo idem valent, infans, & qui fari non potest: sicut ex converso per eum, qui fari potest, significatur infante major, *l.* 1. §. 2. *de adm. tut. l. servo* 65. §. *pen. ad Trebell. l.* 1. §. *huic proximus* 13. *de obl. & act. l. mulier* 70. *de verb. obl. l.* 6. *rem pup. salv. for. l.* 5. *de reg. jur.* At enimverò sciendum est, jure nostro infantiam non usu & naturali facultate loquendi, sed ætate æstimari. Is enim jure habetur & definitur infans, qui minor est septem annis, *l. infanti* 18. *C. de jur. delib. d. l.* 1. §. 2. *de adm. tut. l.* 14. *de sponsal.* Etsi enim qui septem annos nondum natus est, natura fari potest, tamen jure id facere non posse existimatur; quoniam quid loquatur non in-2 telligit. Proximus infantiæ dicitur, qui septennium nuper superavit, ἔκλειπτος, septennis. Macrobius 1. *in Somn. Scip. cap.* 6. *Anno septimo plenè absolvitur integritas loquendi.* Quando autem hoc nomine pupillus appellari desinat, & vocari incipiat pubertati proximus, non est satis exploratum: tum quia id jure expressè definitum non reperitur: tum quia in eo definiendo mirè variant interpretes. Alii enim terminum proximitatis infantiæ faciunt annum duodecimum completum, Pet. Fab. *ad d. l.* 5. *de reg. jur.* Ræward. *ad l. pupillum* 111. *eod.* Alii annum decimum tertium, Hotom. *hic.* Robert. 2. *recept. lect.* 17. Quibusdam pubertati proximus dici incipit, qui vel decimum tertium, vel decimum quartum annum attigit. Cujacio, cui ad pubertatem semestre deest, 17. *obs.* 4. Accursius ad hunc locum & in *l.* 1. *de novat.* censet, totum reliquum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, dividendum esse in duas partes æquales, ut qui consistat intra priorem, hic sit infantiæ proximus: qui hanc egressus consistat intra posteriorem, is dicatur proximus pubertati: quia revera huic sit proximior, quàm infantiæ. Itaque pupillum proximum infantiæ eum haberi, qui septem annis major consistat adhuc intra annum decimum & dimidium: qui excessit, esse proximum pubertati. Pupillam autem infantiæ proximam eam esse, quæ infantiam egressa, consistat intra annum nonum & dimidium: quæ eam ætatem excessit, esse pubertati proximam. Idem censet Bart. & Castr. *in d. l.* 1. *de novat.* communemque hanc esse sententiam testantur Decius *ad d. l. pupillum* 111. *de reg. jur.* Vigl. *in* §. *testes* 6. *sup. de test. ord.* Gomez. 3. *resol.* 1. *num.* 57. Schneid. *ad pr. sup. de auct. tut. num.* 12. *& seq.* Sunt denique, qui judicis potestati & arbitrio hoc committendum existimant, ut is non tam ex ætate, quàm captu & astutia impuberis æstimet, qua ætate vel infantiæ vel pubertati proximus sit habendus; ut & alias fieri consuevit in iis, quæ certo jure definita non sunt, *l.* 1. §. *ultim. de jur. delib.* in qua sententia jam olim fuit Joan. Fab. *hic*, & Salic. *ad l.* 7. *C. de pœn.* eamque probant Dec. Vigl. *citatis loc.* Coras. 6. *misc.* 23. Covar. *de matrim. p.* 2. *cap.* 5. *num.* 7. Menoch. 2. *arbitr. cap.* 57. *num.* 20. *& seqq.* Gœdd. *de contr. stip. cap.* 7. *num.* 185. *& seqq.* Philipp. *Matth. ad l. fere* 108. *n.* 39. *& seqq. de reg. jur.* In hac autem varietate proprius à vero abesse videtur opinio communis, quam etiam Gomez *ubi sup.* in judicando & consulendo sequendam censet. Et verò cùm tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, in duas ætates divisum sit, in eam, quæ proxima est infantiæ, & quæ proxima pubertati,

qua-

quarum in computanda altera retro, in altera porro eatur, hoc ipso & in illa terminus ad quem, & in hac terminus à quo satis jure definitur, nimirum justa temporis illius medietas.

Infans & infantiæ proximus non multum à furioso) Infans in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum à furioso distat, ut qui non magis intelligat, quod agitur, aut effectu acquirendi ducatur, quàm furiosus. Proinde nec eum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. Illud tantùm utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis, quàm juris est, suppleatur auctoritate tutoris, *l. 1. §. 3. l. quamvis 32. §. ult. de acquir. possess. l. 3. C. eod.* Don. 5. comm. 11. Quod de infante, idem etiam de infantiæ proximo hìc dicitur, nullum eum habere intellectum: in *l. 9. de acqu. hær.* dicitur, nihil scire aut discernere: alibi non intelligere, quod agitur, *l. 1. §. huic proximus 13. de obl. & act. l. 6. rem pup. salv.* actum rei non intelligere, *l. 5. de reg. jur.* Cæterum cùm & hic & iisdem illis locis proditum sit, eum, qui infantiæ proximus est, & stipulari, & promittere, & hæreditatem adire, omniaque tutore auctore non minus rectè agere posse, quàm qui proximus sit pubertati, quantumvis id benignè receptum sit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica salis accipienda est, quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat, quod agitur, hic non omnino. Nam si nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset, quàm in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major, idemque infantiæ proximus sponsalia contrahere, item sine auctoritate tutoris incipere possidere queat, quàm quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut disertè testantur Jurisconsulti, *l. 14. de sponsal. l. 1. §. furiosus 3. de acq. possess. l. quamvis 32. §. ult. eod. tit.*

Idem juris, quod pubertati proximi) Ut scilicet stipulando aut aliter contrahendo sibi obligationem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia rectè agere possint, *l. 5. de reg. jur.* Quod cùm illis benigniter præstitum dicatur, *l. 1. §. huic proximus 13. de obl. & act. l. 9. de acq. hær. & hoc text.* sciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantiæ sit proximus, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax est pubertati proximus, *l. pupillum 111. de reg. jur. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de sepulcb. viol. l. impuberem 23. de furt. l. 13. §. 1. de dol. mal.* Gomez. 3. resol. 1. n. 57. & cùm infantiæ proximus, cùm remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem planè causa cum infante & furioso tamquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo quæri intelligitur, cùm quæritur, an non saltem pupillus ex contractu sine tutoris auctoritate initio naturaliter obligetur. De quæstione quid habendum sit videamus. Et posito eo, quod pupillus, qui pubertati proximus est, jam intelligere, quod agitur, velle & consentire natura potest, neminem dubitare oportet, quin ex conventione sua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ejus ætatis sit, actum rei intelligere, ac proinde consentire posse, satis probant hic textus & supra citati loci, in quibus hoc solo intuitu infantiæ proximus separatur à proximo pubertati, quod ille non intelligat quod agitur, hic intelligat; ille doli expers sit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Justinianus pronuntiat, nullum esse eorum animi judicium, *§. 1. sup. quib. non est perm. fac. test.* id quidem rectè etiam dicitur de pubertati proximis, sed in re, de qua ibi agitur, dispositione testamentaria, in qua merito majus & solidius judicium requiritur, quàm in ullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expressè traditum est, pupillum (intellige semper adulto proximum,) sine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, ut in *l. cum illud 25. §. 1. quand. dies leg. l. si pupillus 21. ad leg. Falc. l. Stichum 95. §. 2. de solut.* Idemque & affecta huic obligationi jure civili tributa arguunt; veluti quod fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promisit, teneatur, *l. si pupillus 127. de verb. oblig.* quod præcedens obligatio, pupillo eam citra tutorem in se suscipiente, novetur, *l. 1. in fin. de novat.* Ex quo corruit distinctio eorum, qui eo demum casu pupillum sine tutore naturaliter ex contractu obligari statuunt, cùm locupletior factus. Nemo enim ex promissione sua, aut susceptione alienæ obligationis unquam fit locupletior. Deinde si ex gestu aut contractu sine tutoris auctoritate locupletior factus sit pupillus, non naturaliter tantùm, sed etiam civiliter obligatur ex constitutione D. Pii, ut actio in eum, in quantum locupletior factus est, detur, *l. 3. §. pupillus 4. de neg. gest. l. 5.*

pr.

pr. & §. 1. de auct. tut. de quo casu non potest intelligi, *d. l. 127. de verb. obl.* ubi vide Don. *num. 11.* Quod verò id, quod pupillus ita debet, compensari aut solutum retineri non potest, non eam rationem habet, quod nulla verè hic subsit obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum est, ne obligatio ei noceat. Planè quoniam effectus naturalis obligationis, quæ ex conventione nascitur, potissimum cernitur in jure compensandi & soluti retinendi, *l. 6. de compens. l. naturales 10. de obl. & act.* in persona autem pupilli obligatio eumdem effectum non habet; inde fit, ut pupillo sine tutoris auctoritate contrahente, sic aliquando loquantur Jurisconsulti, tanquam ne natura quidem isto modo obligaretur, *l. quod pupillus 41. de cond. ind. l. pupillus 59. de obl. & act.* habita, inquam, ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est, quatenus ipsi nocere possit: non autem considerata conditione obligationis, quasi nulla omnino subesset: alioqui ne accessiones quidem admitteret, aliisve prodesse aut nocere posset. Si quis adhuc scrupulus hæret, eum eximere poterunt, quæ de naturali obligatione disputamus *sup. ad rubr. de oblig. & tract. de pact. c. 14.* Multo magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis. Quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex conventione sua obligantur, ita ut captis necessaria sit in integrum restitutio. Enimverò si curatorem acceperint, consensum ejus adhibere debent, alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur, *l. 3. C. de in int. rest. min.* cui è diametro obstare videtur, *l. puberes 101. de verb. obl.* nisi dicamus, verbum *suis* in *d. l.* generalem tantùm respectum curatorum & adultorum, tamquam correlatorum, exprimere. Modestinus haud dubiè Græcè sic scripsit, ἔφηβοι οἱ ἀκηδεμόνες (?) ἐπιτρόπων, &c. Quod autem quidam eum locum restringunt ad sponsalia aut nuptias, oppido quàm ineptum est. DD. *in d. l. 3. & d. l. 101.* mirè variant in horum locorum conciliatione, vid. *d. cap. 14. de pact.* Ubi *num. 16.* probo sententiam Tim. Fabri *anniverf. disput. 9.* verba *d. l. 101. puberes sine curatoribus suis, &c.* sic interpretantis, absentibus curatoribus suis puberes alibi versantes sine curatoribus, quos habent, &c. non utique sine eorum consensu, sed præsentia: ut intelligamus, hoc inter impuberes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio præsens esse, & statim auctor fieri debeat, *l. 9. §. pen. de auct. tut.* curatoris autem consensus etiam postea accedens, atque ejus etiam, qui præsens non fuit, sufficiat. VINN. Acuta hæc, sed parum solida. Modestinum hæc græcè scripsisse, æquè incertum est, ac quod scripserit, οἱ ἀκηδεμόνες (?). Nec principiis juris satis convenit commentum Timæi Fabri, quia sic minor facile posset curatori suo illudere, & quascumque contrahere obligationes, modo eo absente promitteret. Verissimum itaque est, pupillum sine tutore naturaliter quidem, sed non civiliter: minorem sine curatore & naturaliter & civiliter obligari, ejusque rei consultissimam hanc esse rationem, quod tutor personæ, curator rebus datur. Unde & minor non restituitur, nisi in rebus suis detrimenti quidquam passus sit. Luculenter hanc minorum obligationem præter *l. 101. ff. de V. O. probat. l. 43. ff. de V. O.* Adde quod & jusjurandum deferre potest, *l. 9. §. 4. ff. de jurejur.* & ex confessione sua tenetur. *l. 6. §. pen. de confess.* Eleganter & solidè hæc demonstravit vir amplissimus Zachar. Hub. *diss. de obligatione puberum*, ubi & *l. 3. C. de in integr. restit.* his principiis non adversari docet, *cap. 7.* HEIN.

6 *Ne auctore quidem patre obligatur*) Absurdum videri potest, quod hic Justinianus & Jurisconsultus in *l. ult. §. 2. de verb. oblig.* tradunt, impuberem filiumfam. quamvis infante majorem ne auctore quidem patre obligari, cùm pupillus, ex quo fari posse cœperit, obligetur auctore tutore. Sed sciendum, tutoris, & patris, pupilli, & impuberis, qui in potestate est, dissimilem esse rationem. Pupillus non tutori, sed sibi acquirit, placetque eum etiam sine tutoris auctoritate contrahendo alios sibi obligare, quo fit, ut ad utilitatem pupilli pertineat, ut & ipse invicem saltem tutore auctore obligari possit: cùm alioqui nemo facile cum eo contracturus sit. At qui in potestate patris est, non sibi, sed patri acquirit, non ad suam, sed ad patris utilitatem contrahit: ut proinde numquam è re impuberis in potestate constituti esse possit, vicissim obligari. Ideoque cùm pater auctor esse non possit, ut filius sibi acquirat, placet, nec auctorem esse posse, ut filius obligetur. Quod si patri videbitur è re sua esse obligari, ipse promittat. Planè cùm pater, non ut pater, sed ut legitimus administrator bonorum filii adventitiorum consideratur, auctoritatem filio impuberi accommodare potest, *l. si infanti 18. in fin. C. de jur. delib. l. ult. §. sin autem 4. in fin. C. de bon. quæ lib. &c.* Et ita utimur.

TEX-

TEXTUS.

De conditione impossibili.

10. *Si impossibilis conditio stipulationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat; veluti si quis ita dixerit*, Si digito cœlum attigero, dare spondes? *At si ita stipuletur*, Si digito cœlum non attigero, dare spondes? *purè facta obligatio intelligitur, ideoque statim peti potest.*

NOTÆ.

10. *Cui natura impedimento*) Huic similis est quæ legibus ac bonis moribus contraria, *l. 15. de cond. instit. l. 26. & seqq. de verb. obl.*

Si digito cœlum non attigero) Hæc stipulatio non continet conditionem impossibilem, sed ἀναγκαῖόν τι. Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria. Aristot. περὶ ἑρμ. *cap. pen.* Consentiunt JCti, *l. 7. & 8. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cujus affirmatio impossibilis, ejus negatio necessaria.*

EX defectu causæ efficientis seu consensus contrahentium est, quod hic docemur, stipulationem nullius momenti esse, quæ concepta est sub conditione impossibili: nam qui sub conditione quid promittit, is se obligari non vult prius quam conditio extiterit: unde fit, ut si defecerit conditio, constetque jam amplius eam existere non posse, nihil actum aut promissum videatur. Idem ergo & maximè evenire necesse est, cùm stipulatio facta est sub conditione impossibili; quippe quam jam nunc statim certum est defecisse, cùm natura existere non possit. Neque hoc solùm in stipulationibus, *l. 1. §. item 11. de obl. & act. l. 7. l. si stipuler 35. de verb. obl.* sed in cæteris quoque conventionibus locum habet: siquidem in omni contractu & pactione voluntas contrahentium aut paciscentium spectanda, qui proculdubio nihil agi existimant, cùm conventioni apponitur ea conditio, quàm sciant esse impossibilem, *l. non solum 31. de obl. & act.* Aliud juris est in ultimis voluntatibus, quarum favore impossibilis conditio sub colore mendi detrahitur, & pro non scripta habetur, *l. 1. de cond. inst.* vid. *sup. §. impossibilis 10. de hær. inst.*

Cui natura impedimento est) Impossibilis conditio propriè est, quæ in eum casum confertur, cujus eventus natura prohibetur. Cæterum & eam non ineptè impossibilem dixeris, quæ turpis est & legibus ac bonis moribus contraria: quoniam nec illud fieri posse credendum est, quod leges & boni mores fieri prohibent, *l. filius 15. de cond. inst.* & sub tali quoque conditione facta stipulatio æquè nullius momenti est, *l. generaliter 25. cum seq. l. si stipuler 35. §. 1. l. stipulatio 61. l. continuus 137. §. tum quis 6. de verb. obl.* De turpi stipulatione separatim agitur inferius, *§. quod turpi 26. hoc tit.*

Si digito cœlum non attigero) Impossibilitas conditionis non ex re, quæ in ea est, sed ex eo, quod de ea re fieri debet, æstimanda est. Nam quod fieri debet, si per rerum naturam fieri non potest, conditionem habet impossibilem: sin potest, possibilem: quod si etiam fieri non potest, quin eveniat, necessariam. Itaque hæc stipulatio; *Si digito cœlum non attigero, dare spondes?* non continet conditionem impossibilem, ut prior illa in faciendum concepta, *Si digito cœlum tetigero*: sed necessariam, & quam certum est exituram esse. S. Thom. *in 4. distinct. 29. art. 3. q. 3.* Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria, ex regula Dialecticorum. Arist. *de interp. cap. pen.* Ex quo porro intelligitur, sola verborum figura hujusmodi stipulantes conditionales esse, revera non esse, sed puras, *l. 9. §. 1. de novat.* ubi Jurisconsultus scribit, eum, qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, purè stipulari videri. Et verò absurdum esset, aut suspendi obligationem, aut petitionem differri ea conditione, quæ hoc ipso revera jam extitit, quod non potest non existere. Rectè igitur hic ait Justinianus, si talis conditio inseratur stipulationi, *Si digito cœlum non attigero*, purè contractam obligationem intelligi, & protinus ex ea agi posse. Consentiunt Jurisconsulti in *l. 7. & 8. de verb. obl.*

TEXTUS.

De absentia.

11. *Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cùm hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes apponentibus, & non præsentes fuisse vel se vel adversarios suos contendentibus; ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus: per quam disposuimus tales scripturas, quæ præsto esse partes indicant, omnino esse credendas, nisi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationi-*

ni-

nibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos, approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.

Notæ.

11. *Toto eo die, &c.*) Igitur quod dicitur, factum negantis per rerum naturam probationem nullam esse, *l. 23. C. d. tit.* non pertinet ad factum, quod tempore & loco circumscriptum est, cujus negatio per indirectum probari potest, *d. l. 14. C. de contr. stip.* Quintil. *lib. 5. cap. 6. & 7.* Aristot. *Rhet. ad Alex. cap. 14.*

Commentarius.

1 *Explicatur* l. 57. de don. int. vir. & ux.
2 *Summa constit.* in l. 14. C. de contr. stip.
3 *Probatio negativæ arctatæ loco & tempore.*

Inter absentes concepta inutilis est) Si stipulatio confici non potest, ut aliquoties dictum est, nisi utroque loquente & altero alterum audiente, perspicuum est, absentem non magis, quàm mutum aut surdum stipulationem contrahere posse, *l. 1. pr. de verb. obl. l. 3. C. hoc tit.* Non adversatur Paulus *in l. ea* 1 *quæ 57. de don. int. vir. & ux.* ubi profert epistolam, qua continetur sponsio absenti viro ab uxore absente missa: intelligi enim debet stipulationem antea inter præsentes conjuges interpositam fuisse, ut est lex & conditio stipulationis, cujus inter præsentes interpositæ cautio litteris illis uxoris contineatur. Absentes variè pro loco dicuntur: hic sunt, qui invicem audire non possunt, *d. l. 1. de verb. obl.*

Propter celeritatem dirimendarum litium) Cùm ex eo quod non nisi inter præsentes stipulatio fieri potest, occasionem litis caperent homines contentiosi, objiciendo, se vel adversarium suum, quo die stipulatio celebrata dicitur, absentes fuisse, nec satis expeditum esset, actorne stipulationem factam esse affirmans, partium præsentiam, an reus factam negans, suam vel adversarii absentiam probare deberet, Justinianus hujusmodi litium materiam constitutione sua amputavit, quæ extat in *l. optimam 14. C. de cont. stip.* Voluit fidem ha- 2 beri scripturæ, idoneæ nempe ad probandum, qua continetur, partes præsentes fuisse, nisi qui contradicit manifesto ostendat per scripturam vel testes omni exceptione majores, se vel adversarium toto eo die alibi fuisse, vel quod eodem recidit, aliqua ejus diei parte tam procul egisse, ut illo tempore in loco, quo instrumentum confectum dicitur, esse non potuerit. Itaque in hoc quidem utile est, locum & diem instrumento inseri. Debet verò illa probatio, sive per instrumentum sive per testes fiat; aliquanto potentior esse scriptura ex adverso prolata, ut judici fidem faciat: per *l. precibus 18. C. de probat.* DD. ad *l. optimam 14. C. de contr. stip.*

Scripturas tales esse credendas) Id est, veras esse præsumendum. Quæ tamen præsumptio non est juris, & de jure, ut loquuntur, cùm adversus eam admittatur contraria probatio: sed juris tantùm. Atque hanc pro instrumento præsumptionem interpretes appellant præsumptionem veritatis, eo quod verum esse præsumitur & creditur, quod in instrumento scriptum est, donec contrarium probetur. Est enim pro instrumento & alia præsumptio, quæ dicitur solemnitatis. De qua *inf. §. si scriptum 16.*

Toto eo die, quo conficiebatur instrumentum) 3 Facti, quod tempore & loco circumscribitur, negatio probari potest; veluti si, quod me Lugduni promisisse, aut mihi numeratum fuisse dicitur Calendis Januariis, id me promisisse aut mihi numeratum esse negem, quia eo die Romæ fuerim. Nam quod dicitur, factum negantis naturali ratione probationem nullam esse; *l. actor 23. C. de probat. l. 10. C. de non num. pec.* id verum est, quatenus solùm negat, nec quicquam affirmat præterea. Quod si quis prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per necessariam consequentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur: quamquam ne sic quidem revera quicquam probat, quatenus negat, sed quatenus affirmat tantùm. DD. *in d. l. actor 23. C. de prob.* Duar. *cap. 4. de probat. in post. comment.* Donell. *cap. 4. de probat.* Quintil. *lib. 5. cap. 6. & 7.*

Textus.

De stipulatione post mortem, vel pridie quàm alter contrahentium moriatur.

12. *Post mortem suam dare sibi nemo stipulari poterat, non magis quàm post mortem ejus, à quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur:* Pridie quàm moriar, *vel,* Pridie quàm morieris dare spondes? *inutilis erat stipulatio. Sed cùm, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quàm moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat.*

Com-

COMMENTARIUS.

1 *Cur stipulationes hic propositæ olim pro inutilibus habitæ?*

2 *Qua ratione motus Justinianus jus vetus mutarit?*

1 OLim nemo stipulari poterat post mortem vel suam vel promissoris sibi dari: cujus rei hæc una & vera ratio est, quod ita jus erat, ut obligationes & actiones, quæ non cœperant à defuncto vel contra defunctum, à persona hæredis vel contra eum non inciperent: quasi in his nec defunctum repræsentaret. Eamdemque ob causam etiam post mortem hæredis aut legatarii inutiliter legabatur, §. *post mort.* 35. *sup. de legat.* Exceptio hujus regulæ videtur in mandato post mortem, *l.* 12. *in fin. cum l. seq. mandat.*

Pridie quàm moriar) Putaverunt veteres hanc stipulationem, *Pridie quàm moriar*, aut *Pridie quàm morieris dabis*? incidere in speciem præcedentem, cùm quis post mortem aut suam aut promissoris stipulatur, propterea quod illud pridie certo sciri ac definiri non potest, nisi post reorum mortem. Qua de causa hujusmodi quoque legatum, *Pridie quàm hæres aut legatarius morietur*, inutile esse censebant. *d.* §. *post mortem.* 35. *sup. de legat.*

Placuit nobis, in hunc juris articulum.) Justinianus scrupulosam hanc juris veteris subtilitatem sustulit constitutione sua, quæ extat in *l. scrupulosam.* 11. *C. de contr. stip.* ut jam & stipulatio in tempus, post mortem, aut in, aut ante diem mortis tam stipulatoris, quàm promissoris, concepta valeat, & post mortem hæredis vel legatarii, aut pridie quàm morientur, liceat legare. Idem alia constitutione in universum abrogavit regulam juris antiqui, voluitque, obligationes & actiones etiam ab hæredibus & contra hæredes incipe-

2 re posse, *l. unic. C. ut act. ab hær.* In hujus juris mutatione ait, se respexisse non ad conceptionem verborum, sed ad sententiam & mentem contrahentium, quasi qui stipuletur, post mortem suam sibi dari, non debeat existimari tam stultus, ut sibi ipsi in id tempus stipuletur, sed hoc perinde sit accipiendum, ac si post mortem suam stipulatus esset hæredi suo, in cujus persona quodammodo adhuc vivere videatur. Unde quidam putaverunt, stipulationem pactam in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris, veteribus ipso genere habitam fuisse pro impossibili, eo quod nec dare mortuus nec accipere possit. Sed hæc ratio efficitur, ut & hæc quoque stipulatio, *cùm moriar*, vel *cùm morieris, dabis*? apud veteres inutilis fuerit, contra §. *ita autem* 14. *inf. eod.* & tale legatum, *Hæres meus post mortem suam Titio centum dato*, utile, arg. eorum, quæ notavimus ad §. *loca* 5. *sup. de verb. obl.* & *ad* §. *impossibilis* 10. *sup. de hæred. instit.*

TEXTUS.

De stipulatione præpostera.

15. *Item si quis ita stipulatus erat*, si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? *inutilis erat stipulatio, quia præposterè concepta est. Sed quum Leo inclytæ recordationis in dotibus eamdem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare, ut non solùm in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.*

COMMENTARIUS.

STipulationes hoc modo aut simili conceptæ: *Si navis cras venerit, hodie dare spondes?* præposteræ dictæ sunt, quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum conditionis: quod ὕστερον πρότερον cùm in omni stipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pendeat, §. 4. *sup. de verb. obl.* Itaque hujusmodi conceptiones, ut futiles & manifestam contradictionem implicantes, veteribus improbatæ sunt. Unde dubitatum est de stipulatione concepta hoc modo: *Si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?* num & ipsa præposterè concepta videri debeat? Sed præposteram non esse indicat particula *tum*; quæ refertur ad tempus existentis conditionis, ut tota obligatio & datio à conditione pendeat, licet retro habita ratione præteriti temporis, tunc, cùm conditio extiterit, dari oporteat, *l. hujusmodi* 64. *de verb. obl.*

Si navis cras ex Asia, &c.) Ita & Theoph. ἐὰν ναῦς αὔριον ἔλθῃ ἀπὸ Ἀσίας. Et quamvis quidam codices non habeant verbum *cras*, eo tamen addito clarior fit præposteratio. Pac.

Sed quum Leo inclytæ recordationis) Cùm præposteræ stipulationes in dotibus à Leone admissæ essent, Justinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cùmque ut valeant, necesse sit, aut detrahere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio; aut præsentis temporis mentionem, ut tota sit conditionalis inve diem, posterius Justiniano placuit, ut scilicet perinde valeant, quasi vel in diem vel sub

con-

conditione tantùm conceptæ essent, ac proinde exactio usque ad diei aut conditionis eventum differretur, *l. præposteri* 25. *C. de test.*

TEXTUS.

De stipulatione collata in tempus mortis.

14. *Ita autem stipulatio concepta, veluti si Titius dicat*, cùm moriar, dare spondes? *vel*, cùm morieris, *& apud veteres utilis erat, & nunc valet.*

15. *Item post mortem alterius rectè stipulamur.*

NOTÆ.

14. *Cùm moriar, cùm morieris*) Hæ formulæ semper probatæ fuerunt, *l.* 45. §. 1. *& pen. de verb. obl. l.* 17. *de cond. ind.* etiam in legatis, *l.* 1. §. 2. *l.* 79. §. 1. *de cond. & dem.* Ulp. *tit.* 24. §. 15. scil. auctores nostri totum illud, quod mori dicitur, vitæ adscribunt, *l.* 8. §. 1. *de man. test.* Cujac. 3. *obs.* 34. qua de re olim quæsitum. Gell. 6. *c.* 13.

15. *Post mortem alterius*) In hac formula, *post mortem Titii dare spondes?* apertè cessat ratio, ob quam placebat stipulationem post mortem contrahentium conceptam non valere: ideoque numquam improbata fuit.

COMMENTARIUS.

AUctores nostri ex sententia quorumdam philosophorum (vid. Gell. *lib.* 6. *cap.* 13.) momentum moriendi vitæ potius, quàm morti dandum censuerunt, cui consequens est, ut quæ in tempus post mortem non rectè conferuntur, rectè tamen conferantur in tempus moriendi. Unde hæ formulæ, *cùm moriar*, vel *cùm morieris dare spondes?* semper probatæ fuerunt, *l. quodcumque.* 45. §. 1. *& pen. de verb. obl.* uti & legatum hujusmodi, *cùm hæres morietur*, *l. hæres.* 79. §. 1. *de cond. & dem.* Ulp. *tit. de legat.* §. *post mortem.* 15. Neque obstat hìc regula juris veteris, quæ vetat actiones ab hæredibus & contra eos incipere: nam cùm momentum moriendi non morti, sed vitæ attribuatur, obligatio & actio in casu proposito à defuncto aut contra eum incipere intelligitur, indeque ad hæredem transmitti: quemadmodum & conditiones quædam sunt, quæ extremo vitæ momento implentur, *l. ult. de cond. inst.* Add. quæ scripsimus ad §. *post mortem.* 35. *sup. de legat.* Hoc autem jure posito, posse quemque sibi stipulari, cùm morietur, admittendum fuit, ut etiam qui in aliena potestate sunt, eodem modo sibi stipulari possint, ut obligatio acquiratur domino vel patri, in quorum erunt potestate, cùm morientur, *l. quodcumque.* 45. §. 1. *de verb. obl.*

Post mortem alterius) Stipulatio quoque hoc modo concepta, *Post mortem Titii dare spondes?* numquam improbata fuit: nimirum quia & hìc cessat ratio, ob quam placebat, stipulationes in tempus post mortem contrahentium conceptas non valere. Quæritur autem, quid hìc futurum sit si stipulator ante Titium moriatur? Respondet D. Bachovius, spem debitum iri in hæredem stipulatoris transmitti, ut juris est in stipulatione conditionali, §. 4. *sup. de verb. obl.* Ego verò didici, diem ajectum, quem certum est exiturum esse, etsi ignoretur quando, in contractibus conditionem non facere, neque hujusmodi stipulationes, *cùm moriar, cùm morieris, cùm Titius morietur*, jure conditionalium censeri, ut obligationem differant; sed eumdem effectum habere, quem habent conceptæ in diem certum, ut statim etiam in his dies obligationis cedat, & pecunia debeatur, sed peti tantùm antequam dies veniat, non possit, §. 2. *sup. d. tit. l.* 79. *de cond. & dem.* Itaque in proposito dicendum est, non nudam spem debitum iri ad hæredem stipulatoris transmitti, sed transmitti debitum ipsum, atque obligationem, quæ stipulari statim quæsita fuit.

TEXTUS.

De promissione scripta in instrumento.

16. *Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.*

COMMENTARIUS.

PRo instrumento duplex præsumptio est: una quæ dicitur *veritatis*, propterea quod verum esse creditur, quod scriptum est, nisi contrarium manifestè doceatur, §. *item.* 11. *sup. eod.* altera, quam appellant præsumptionem *solemnitatis*; quoniam si de re aliqua, quæ certas solemnitates jure desiderat, scriptum sit in instrumento, eam intervenisse; etsi expressum non sit, gestam eam esse adhibitis iis solemnitatibus, quæ jure requiruntur, tamen hoc ipsum intelligitur, omniaque creduntur solemniter acta, *l. sciendum.* 30. *de verb. obl.* Veluti si scriptum sit in instrumento, promisisse aliquem, perinde hoc haberi placet, ac si scriptum esset, interrogatione præcedente responsum esse, *l. Titia.* 134. §. 2. *de verb. obl.*

obl. l. 1. C. de contr. stip. Paul. 5. *sent.* 7. unde hic locus descriptus videtur. Item si scriptum sit, fidejussisse aliquem, præsumitur, id factum rite atque utiliter, interposita scilicet stipulatione, §. *ult. tit. seq.* Cæterum adversus hoc quoque genus præsumptionis contrariam admitti probationem verius est, *l. juris gentium.* 7. §. *quod fere.* 12. *de pact.* Donell. *ad d. l. sciendum.* 30. *de verb. obl.*

TEXTUS.
De pluribus rebus.

17. *Quoties plures res una stipulatione comprehendantur, siquidem promissor simpliciter respondeat*, Dare spondeo, *propter omnes tenetur. Si verò unam ex his vel quasdam daturum se spoponderit, obligatio in iis, pro quibus spoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfecta: singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere debemus.*

NOTÆ.

17. *propter omnes tenetur*) Sive universæ verbo collectivo in stipulatum deductæ sint, veluti, *Quadrigam illam dare spondes?* sive nominatim singulæ, veluti, *Stichum, Pamphilum & Erotem dabis?* ubi tot stipulationes sunt, quot species. Ratio est, quia indefinita responsio pro universali valet, §. 5. *sup.* add. *l.* 83. *l.* 86. *de verb. obl. l.* 32. *de evict.*

Pro quibus spopond rit) *L.* 83. §. 4. *de verb. obl.* Aliud est, si quis stipulante me Stichum aut Pamphilum disjunctim, unum se daturum respondeat, *d. l.* 83. §. 2. quia ille similis est ei, qui stipulanti sub conditione purè promittit, mutata forma interrogationis. v. *sup.* §. 5.

Et ad singulas respondere) Quarum sc. præstatione adstringi volumus: neque enim indiget hic locus emendatione Hotomanni.

COMMENTARIUS.

1 *Cur, cùm plures res nominatim in stipulatum deducuntur, dubitatum, an promissor simpliciter respondendo in omnes teneatur?*

2 *Interesse, utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deductæ.*

3 *Hotomanni emendatio improbata.*

RES plures duobus modis una conceptione in stipulatum deducuntur; vel nominatim, ut verbis stipulationis singulæ exprimantur, veluti, *Stichum & Pamphilum dare spondes? Decem & quindecim dabis? Servum fugitivum non esse, erronem non esse, furem non esse, spondes?* vel collectim, ut verbo uno generali sive communi res plures significentur, ut *Summam illam* aut *Acervum illum pecuniæ dabis? Quadrigam*, aut *Familiam*, aut *Lecticarios dabis?* Illic plures intelliguntur esse stipulationes, tot videlicet, quot sunt summæ aut res in stipulatum deductæ, hic ut una conceptio, ita quoque stipulatio una, *l. scire.* 29. *l. quod dicitur* 86. *de verb. obl. l. quia dicitur.* 32. *de evict.* Excipe speciem *l. Titia.* 134. §. *ult. de verb. obl.* De posteriore specie nullum dubium est, quin 1 promissore simpliciter respondente, *Dabo*, obligatio rectè constituta sit. De priore autem dubitari poterat, an una simplex & indefinita responsio promissorem in res omnes, quæ expressæ sunt, obligaret: quoniam cùm, uti dictum est, plures hìc intelliguntur esse interrogationes, plures quoque responsiones ad perficiendam stipulationem requiri videntur. Sed placet unam & hìc responsionem sufficere; quippe simpliciter respondendo, *Dabo*, ita promissorem respondere videri, ut stipulator verba concepit,& quasi prævivit, §. *præterea* 5. *sup. eod.* Itaque intelligendum est, etiam in una illa responsione plures esse responsiones. Extat apud Livium *lib.* 1. *cap.* 38. deditionis Collatinorum hæc formula: *Deditisne vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina humanaque omnia, in meam populique Romani ditionem? Dedimus.*

In iis pro quibus responderit) Nam ubi plures sunt stipulationes, illæ censentur perfectæ, ad quas responsum est: verbi causa, si ego stipuler Stichum & Pamphilum, tu unum ex his spoponderis, teneris in hunc unum: quia ad unam ex duabus stipulationibus videris respondisse, *l. inter.* 83. §. 4. *de verb. oblig.* Di- 2 versa causa est rerum plurium disjunctim in stipulationem deductarum; veluti si stipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum te daturum spoponderis; hìc enim, quia mutata qualitate stipulationis respondes, purè promittens quod sub conditione stipulatus sum, vitiatur tota obligatio, *d. l. inter.* 83. §. 2. junct. *l.* 1. §. 3. *eod.* In pluribus tamen summis hìc quod minus est spondere intelligitur, *d. l. inter.* 83. §. 3. dixi *sup.* §. *præterea.* 5. *hoc tit.*

Et ad singulas respondere debemus.) Siquidem in res omnes, de quibus interrogati sumus, obligari volumus: alioqui si ad quasdam dumtaxat respondeatur, obligatio in his tantùm contrahitur, ad quas responsum est; in cæteris manet stipulatio imperfecta atque inutilis: quæ hujus loci sententia est, non usque adeo obscura, ut probare non possim emendationem

nem

nem Hotomanni, qui sic legendum existimat, *non ad singulas respondere debemus.*

TEXTUS.

De pœna adjecta stipulationi, alii dari.

18. *Alteri stipulari (ut suprà dictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest. Cæterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Planè, si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cùm stipulatur quis, non illud inspicitur, quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur*: Titio dari? *nihil agit. Sed si adjecerit pœnam*, Nisi dederis, tot aureos dare spondes? *tunc committitur stipulatio.*

NOTÆ.

18. *Nihil interest stipulatoris*) Pecuniariter scilicet. Affectioni autem tantùm tributum non est, ut propter eam extraneo obligatio acquiratur.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam inutili stipulationi pœnalem subjectam valere.*
2 *Pœnam committi etiam ei, cujus nihil interest.*
3 *Quantacumque pœna promissa sit, tantum deberi.*
4 *Citramontanorum circa hunc articulum restrictio.*

Qui alteri dari aut fieri stipulatur, neque sibi obligationem aut actionem acquirit, quia sibi stipulatus non est; neque alteri, quia hoc pugnat cum fine stipulationum omniumque obligationum, quippe quæ ad hoc jure civili constitutæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest; ut verò alii detur, nihil interest nostra, *hoc text.* & *l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl.* In summa, qui alii dari stipulatur, nihil agit: qua de re dictum copiosè, adjectis aliquot cautionibus & praxi horum temporum, *sub §. 4. sup. eod.* Cæterum quia sæpe ad affectionem & votum nostrum pertinet, alteri, cui cautum volumus, dari, ostenditur hoc loco & apud Jurisconsultum ratio, qua quod alteri stipulando rectà consequi non possumus, id obliqua via consequamur, aut certè non minus nobis consulatur. Ea est, ut, si quis alteri dari aut fieri stipulatus, velit hoc fieri, pœnam stipuletur, si ita factum non erit, uti cautum est: sic enim futurum est, ut metu pœnæ promissor faciat quod promisit, cùm si id ita factum non sit, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest.

Pœnam stipulari conveniet) Tria hoc loco & *d. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17.* de pœnali stipulatione statui animadvertere possumus. Primum pœnam utiliter nos posse stipulari etiam tunc, cum stipulatio, cui pœnæ subjicitur, jure non valet. Deinde pœnam, existente conditione, deberi & peti posse, etsi stipulantis non intersit id fieri, de quo cautum erat, & cujus non facti nomine subjecta erat pœnalis stipulatio. Postremo quantacumque pecunia pœnæ nomine promissa erit, tantam deberi. Quæ an verè omnia dicantur, videndum est. Adversus primum objici potest, quod pœnæ stipulatio videtur pendere ex priore, cui subjicitur, ejusque esse accessio quædam & sequela; ideoque priore non consistente, & ipsam consistere non posse, cùm sine re principali accessioni locus esse nequeat. Argumento esse, quod stipulatio pœnæ non committitur, quæ subjecta est stipulationi impossibili, aut rei turpis, *l. stipulatio. 61. l. si homo. 69. de verb. obl.* Respondeo, verum non est, quod hic assumitur, pœnalem stipulationem esse accessionem prioris, sed æquè atque illa principalis est, ut nihil prohibeat, quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licet prior, cui subjicitur, sit inutilis: cùm nunquam una stipulatio, quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vitietur, *l. 1. §. penul. eodem.* Quod verò impossibili aut turpi stipulationi subjecta pœnæ stipulatio & ipsa inutilis est, non ex eo fit, quod pœnalis stipulatio est accessio ejus, cui subjicitur, sed quia hæc eodem vitio, quo prior, laborat. Quippe subjecta impossibili & ipsa impossibilis habetur, turpi subjecta & ipsa turpis, utpote delicti invitandi causa subjecta. Neque verò pecunia dari potest, ut pœna, ubi non præstat promissor, quod natura aut jure præstare non potest, *argum. l. aliud est fraus. 131. de verb. sign.* Donell. *ad d. l. si homo 69. de verb. obl.* Alterum, quod hìc discimus, est, quod pœna committatur etiam ei, cujus nihil interest, intellige, cujus nihil interest alteri dari aut fieri: utique enim pœnam consequi interest stipulatoris, quam sibi, non alteri stipulatus est. At, inquis etiam ut alteri detur, potest nostra interesse, utique affectione: sic enim scribit Jurisconsultus in *l. 7. de serv. export. Beneficio affici hominem, hominis interest.* Respondeo, propriè id quod interest significat, quod nostra interest pecuniariter; sic enim definitur, *quantum nobis abest,*

abest, *quantumque lucrari potuimus*, *l.* 13. *ratam rem hab.* Non lucramur, non consequimur, nisi quod pecuniam nostram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abusivè dici interesse nostra, cùm ex sola affectione interest: cui affectioni tantùm jure tributum non est, ut propter eam extraneo obligationem acquiramus. Postremum est, quod quantacumque pœna fuerit, tanta debeatur & peti 3 possit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in pœnali stipulatione non aspici quod intersit, sed quæ sit quantitas & conditio stipulationis, hoc est, id solùm, quanta pecunia in stipulatum deducta sit, & utrum conditio pœnæ extiterit, necne; quorsum, nisi ut si extiterit conditio, ea pecunia, quantacumque sit, præstetur? Igitur etsi duplo, triplo, aut etiam quadruplo plus comprehensum sit stipulatione pœnali, quàm efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit, valebit nihilominus stipulatio. Non enim uti pœnis legitimis certus modus constitutus est, ut ne excedant quadruplum, §. *omnes.* 21. *inf. de actionibus*: ita & conventionalibus: sed has unusquisque voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulantis quid futurum esse paciscitur, *fac.* §. *ultim. sup. de verb. obl. l. ultim. de stipul. præt.* Non obstat quod constitutum est, ne promissor ultra duplum periculum subeat, *l. unic. C. de sentent. quæ pro eo quod int. prof.* Quantumcumque enim est, quod in stipulatione pœnali promittitur, simplum tantùm est, non duplum, triplum &c. alterius rei, cùm ad id quod interest, aut alterum simplum non referatur. Donell. *lib. de eo quod int. circa fin.* & in *d. l. stipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *n. ult.*

4 Cæterum hanc sententiam Citramontani existimant tunc solùm procedere, cùm pœnali stipulatione certa quantitas expressa est: secus autem est, si, ut loquuntur pœna fuerit promissa per nomina multiplicativa, veluti, *Tabulam mihi pingere spondes? Si non pinxeris, triplum*, aut *quintuplum dare spondes?* Hic volunt, pœnam reduci ad id, quod interest: quia manifestè ad priorem stipulationem fit relatio, neque aliud triplum aut quadruplum, &c. considerari potest, quàm simpli ejus, quod in priorem stipulationem deductum fuit: itaque non posse ultra duplum exigi, per *d. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int.* aut certè non posse ultra quadruplum pœnam extendi, per *l. si dictum.* 56. *de evict.*

Tunc committitur stipulatio) Id est, tunc committi potest, videlicet si non dederis. Nam committi tum demum stipulatio conditionalis dicitur, cùm conditio extiterit, & pecunia deberi cœpta est, §. *sub conditione.* 4. *sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

Si intersit ejus, qui alii stipulatur.

19. *Sed & si quis stipuletur alii, cùm ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperit, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est, quum obligatus futurus sit pupillo, si male res gesserit, tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.*

NOTÆ.

19. *Cùm ejus interesset*) *D. l.* 38. §. 20. Ratio perspicua, quia tum non tam alteri, quàm sibimet ipsi stipulari videtur, *l.* 118. §. *ult. eod.* Ideoque & sibi actionem acquiri, non ei, cujus in personam stipulatio collata.

Si male res gesserit.) Alii, *cesserit*, ut & apud Ulp. *d. l.* 38. §. 20. unde hæc transcripta.

Obligatus futurus sit pupillo) Nam qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, *l.* 3. §. 2. *de adm. tut.*

Procuratori suo) Quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuit.

COMMENTARIUS.

Cum ejus interesset.) Cum dicimus, eum qui alii dari stipulatur, nihil agere, duo dicimus, nimirum ex ejusmodi stipulatione neque ei in quem collata est, obligationem ullam acquiri stipulanti. Prioris partis exceptiones nonnullas protulimus, & casus quosdam, quibus ex stipulatione aliena actio acquiritur ei, in cujus personam stipulatio collata est, *in explicatione.* §. 4. *hoc tit.* Hic posterioris partis exceptio proponitur, & tres casus, sive exempla proferuntur, quibus is, qui alteri dare stipulatus est, sibi actionem acquirit. Exceptio hìc una & generalis est, nisi stipulantis intersit alteri dari, *l. stipulatio.* 38. §. *si stipuler.* 20. *de verb. obl.* cujus exceptionis ratio perspicua & facilis est: quoniam cùm nostra pecuniariter interest alteri dari, tum non tam alteri, quàm nobismetipsis stipulari videmur, *l. liber homo.* 118. §. *ult. eodem.*

Qui pupilli tutelam administrare) Exemplum pri-

primum. Qui tutelæ administrationem contutori cessit, rectè ab eo stipulatur, rem pupilli salvam fore, *d. l. stipulatio.* 38. §. *si stipuler.* 20. ubi Marcellus ait, valere hanc stipulationem, obligationemque parere stipulatori, quia stipulatoris interest fieri, quod stipulatus est: quippe qui periculum & exitum illius administrationis præstet. Etenim qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, sed pupillo, si male res geratur, obligatus manet, *l.* 8. §. 2. *de admin. tut.*

Si quis procuratori suo) Exemplum secundum. Si quis procuratori suo dari stipulatus est, valet stipulatio; ob eamdem scilicet causam; quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuerat, quam actione mandati restituere tenebatur.

Si creditori suo) Exemplum tertium. Si quis creditori suo dari stipuletur, rectè stipulatur, cùm ejus intersit, puta ne vel pœna, sub qua pecuniam certa die debebat, committatur, vel bona distrahantur, quæ pignori dederat, & propter moram distrahi poterat, *d. l. stipulatio.* 38. §. *unde* 23. *d. l. liber homo.* 118. §. *ultim. eodem.* Sunt & aliæ personæ, per quas ratione officii placet etiam alteri actionem utilem acquiri, vid. *sup.* §. 4. *num.* 2. *eodem.* VINN. Alia hujus rei exempla, hanc doctrinam egregiè illustrantia exstant in *d. l.* 38. §. 20. *sequ. ff. de V. O.* HEIN.

TEXTUS.

De pœna adjecta promissioni facti alieni.

20. *Vice versa qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.*

COMMENTARIUS.

FActi alieni stipulationem inutilem esse, & cur inutilis sit, audivimus *sup.* §. 3. *eod.* Cæterum etiam hìc remedium stipulanti in pœna paratum est, qua adjecta, si alius non dederit, feceritve, committitur stipulatio, ex qua promissor suo nomine rectè convenitur. Licet etiam hìc quanti ea res stipulari, *l. stipulatio.* 38. §. 1. & 2. *de verb. obl.* Sunt qui promissorem factum alienum sub pœna promittentem excusandum à pœna censent, si omnia humana expertus, ut is, de quo promisit, faceret, nihil promoveat. Sed assentior iis, qui contra sentiunt, *arg. l. sancimus.* 26. *C. de fidejuss. d. l. stipulatio.* 38. §. 2. & *hujus text.* Quin ob hoc ipsum auxilio pœnæ uti leges suadent, quod alieni facti obligationem inanem reddit præstandi difficultas, ut adeo nec omnino culpa careat, qui promittit, quod prævidere potuit, forte præstitum non iri, *arg. l.* 7. §. 1. *satisd. cog.* atque ob hanc ipsam difficultatem promisisse videtur id, quod in potestate sua habet, hoc est, pœnam. vid. Fach. 3. *cont.* 20. Diod. Tuld. *in comm. hic cap.* 5.

TEXTUS.

De re stipulantis futura.

21. *Item nemo rem suam futuram, in eum casum quo sua sit, utiliter stipulatur.*

COMMENTARIUS.

QUemadmodum stipulatio ab initio non consistit, si quis rem suam sibi dari stipuletur, & stipulatio rei alienæ evanescit, si ea res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris, §. 1. *sup. eod.* ita quoque & eadem ratione inutilis est stipulatio rei alienæ concepta in eum casum, quo nostra futura est: quia eo tempore agere, ut nobis detur, non possumus, §. *sic itaque.* 14. *inf. de act.* & translatitium est, actum in id tempus inutiliter conferri, quo purè inutiliter fieret, *l.* 4. *C. de don. ante nup.*

TEXTUS.

De dissensu.

22. *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum à te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.*

NOTÆ.

22. *Tu de Pamphilo*) Hic non simplex in nomine error est, ut putat Schol. Theoph. sed etiam in re, quia nec de corpore constitit. Error verò in solo nomine, cùm de persona aut re ipsa constat, de consensu nihil mutat, *l.* 32. *de verb. obl.* §. 29. *sup. de legat.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando error consensui obstet, aut non obstet?*
2 *Quid, si non in ipso corpore, sed in materia rei erratum?*

SÆpe jam dictum est, sine consensu utriusque contrahentium nullam obligationem

ex

ex contractu constitui, *l.* 1. §. 3. *de pact. l. in omnibus* 55. *de obl. & act.* Consensum non esse, etiam error arguit. Quid enim consensui tam contrarium est, quam error, qui imperitiam detegit? *l. si per errorem* 15. *de jurisd. l.* 2. *de judic.* At enim non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ reive, de qua agitur; aut in persona ipsa; aut in re promissa; aut denique in causa promittendi. Primi generis, dum de persona & re ipsa constet, de consensu nihil mutat, *l. si in nomine* 32. *de verb. obl.* §. *si quidem* 29. *sup. de legat. l.* 4. *C. de testam.* In persona autem qui errat, puta Titio stipulanti promittit, quem putet esse Sempronium, omnino non obligatur, per *d. l.* 15. *de jurisd. & d. l.* 2. *de judic. fac. l.* 9. *pr. de hæred. inst.* Non enim simplex hic in nomine error est, sed etiam in re, quia nec de corpore constat. Tantumdem est, si erratum sit in re promissa, cùm de alia stipulator, de alia promissor senserit; perindeque hic nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non sit. *hoc text. l. inter* 83. §. 1. *l. continuus* 137. §. 1. *de verb. obl.* Quid tamen si non ipso corpore error sit, sed in substantia rei, aut materia, verbi causa, si quòd aurum putabatur, sit æs, aut quod vinum, ab initio acetum fuerit? Placet, hic valere stipulationem, *l. si id* 22. *eod.* quamvis emptio non valeat, *l.* 9. *in fin. cum l. seq. l.* 14. *in fin. de contr. empt.* Nimirum stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore error in materia non impedit: emptor autem non potest videri consensisse in pretio; cùm utique longè minoris æs, quàm aurum, acetum quàm vinum empturus fuisset. Planè si non in totum in materia erratum sit, etiam emptionem valere placet, ut in specie *d. l.* 14. *de contr. empt.* Quod si quis in causa promittendi erravit, cùm suo ipsius errore inductus putat se debere, quod non debet, & stipulanti promittit, hic summo quidem jure obligatus erit, sed si conveniatur, exceptione doli mali se defendere potest, *l. si quis* 36. *de verb. obl.*

TEXTUS.

De turpi causa.

23. *Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.*

COMMENTARIUS.

Stipulationes ex turpi causa interpositæ nullius momenti sunt: veluti si quid homicidii vel sacrilegii faciendi aut facti causa promittatur, *l. generaliter* 26. *& l. seq. l. si flagitii* 123. *de verb. obl.* Nec ea tantùm, quæ apertè flagitiosa sunt, in stipulatione deduci non possunt: verùm etiam, quæ bonis moribus adversantur, veluti si de futura successione contrahitur, *l. stipulatio* 61. *eod. l. ultim. C. de pact. l.* 4. *C. de inut. stip.* Quinimmo & si quis pecuniam promiserit, ne furtum aut cœdem faceret, aut sub conditione, si non fecerit, adhuc dicendum, stipulationem nullius esse momenti, cùm hoc ipsum flagitiosum sit, pecuniam pacisci, quo flagitio abstineas, *l. jurisgentium* 7. §. 3. *de pact.* VINN. Nec magis valent quæ legibus civilibus dumtaxat prohibentur, veluti stipulatio pœnæ, si quis uxorem hanc non duxerit, *l.* 134. *pr. ff. de V. O. l.* 2. *C. de inutil. stipulat.* stipulatio quotæ litis *l.* 7. *ff. mand. l.* 53. *ff. de pact.* Non autem valere dicuntur, quia ipso jure inutiles sunt, quod copiosè contra Cujacium probavit Donellus. HEIN.

TEXTUS.

De morte contrahentium.

24. *Cùm quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione hæres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.*

NOTÆ.

24. *Idem est & ex parte promissoris*) Ut si pendente conditione promissori quid humanitus contigerit, hæres promissoris existente postea conditione conveniri possit, *l.* 57. *de verb. obl.* sicut ex converso stipulatore ante conditionem mortuo hæres ejus agere, §. 4. *sup. d. tit.*

COMMENTARIUS.

Hic locus à me expositus est ad §. *sub conditione* 4. *sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

Quando agi potest ex stipulatione.

25. *Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non rectè petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.*

NOTÆ.

25. *Qui hoc anno*) Ex Pompon. *l.* 42. *eod.* v. *sup.* §. 2. *eod.*

Non

Non poteris continuo agere) Hoc non ad jus petendi, *d.* §. 2. sed ad ejus, quod petitur, præstationem & executionem obligationis referendum est: quia incivile, statim cum sacco venire creditorem, *l.* 105. *de solut.*

COMMENTARIUS.

Duo hìc docemur. Primum est, quod obligatione in diem constituta, ante agi non possit, quàm totus ille dies præterierit. Alterum, quod etiam ei, qui purè quid stipulanti promisit, dandum sit aliquod spatium, intra quod rem tradere & solutionem expedire possit. De utroque dixi ad §. 2. *sup. de verb. obl. l.* 42. *eod.*

TITULUS VIGESIMUS PRIMUS.

DE FIDEJUSSORIBUS.

Dig. Lib. 46. *Tit.* 1. *C. Lib.* 8. *Tit.* 41. *Nov.* 4.

Continuatio, & argumentum tituli.

Obligatur quisque aut proprio nomine, sive principaliter, aut nomine alieno, sive accessoriè, dum scilicet pro alieno debito se ita obstringit, ut ei accedat, manente principali obligato. Eorum, qui sic obligantur, tres sunt species, mandatores, pecuniæ constitutæ rei, fidejussores. Mandator est, cujus mandatu quis pecuniam credit certæ personæ, §. *tua tantum* 6. *inf. de mand.* Pecuniæ constitutæ reus, qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, §. *de constitut.* 9. *infr. de action.* Fidejussor, qui quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione. Conjunguntur hi tres, in *l. ult. C. de constit. pecun. & Nov.* 43. atque in plerisque eodem jure habentur. Hoc loco agitur de fidejussoribus: qui titulus tractationi de verborum obligationibus ideo subjicitur, quia fidejussores citra verba & stipulationem non constituuntur, *l.* 5. §. 2. *de verb. obl. l. Blanditus* 12. *hoc tit.* Indicatur hic primum obligationis fidejussoriæ finis, deinde objectum, doceturque, quibus obligationibus fidejussor adhiberi possit, & porro permistè, quatenus obligetur, quaque forma constituatur.

TEXTUS.

Cur accipiuntur.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.

NOTÆ.

Solent alii obligari) Accessoriè videl. seu reo principali manente obligatio: qualis est is, cujus mandatu pecunia creditur certæ personæ, §. 6. *inf. de mand.* item qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, §. 9. *inf. de act.* & maximè qui, quod alius debet, fide sua esse jubet interposita stipulatione, de quibus solis hìc agitur: conjungatur *l. ultim. C. de const. pec.*

COMMENTARIUS.

1 *Fidejussoris obligationem esse accessionem principalis.*
2 *Fidejussor idem qui & adpromissor, expromissor alius.*
3 *Sponsores, prædes, vades.*

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari) Intellige eo, qui promittit, eodemque reo principali manente obligato: alioqui & expromissor pro alio obligari rectè dicitur, qui novandi animo alienam obligationem in se transfert: qui tamen fidejussor non est, ut mox probabitur. Et igitur cùm fidejussor ita pro alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejussoris esse accessionem quamdam alterius obligationis. Unde est, quod nostri sic passim loquuntur, ut dicant, fidejussorem accedere. Quod autem Justinianus ait, *pro eo, qui promittit*, exempli causa dictum est: nam constat, fidejussores omni obligationi accedere posse. [1]

Qui fidejussores appellantur) A jussione & fide, ut apparet ex formulis, quas passim legimus. Dicuntur & adpromissores, *l.* 5. §. 2. *de verb. obl. l. in omnibus* 41. *de solut. l. si verò* 64. §. 4. *solut. matr.* quia scilicet ad id, quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromissores autem qui dicuntur, fidejussores non sunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt; sed ex- [2]

expromissione fit novatio. Nam expromittere & expromissor in usu juris is dicitur, qui alienam obligationem in se suscipit, liberato reo, aut eo nomine non obligato, cùm tamen obligari deberet, *l. 7. §. servus pactionis 8. de dol. mal. l. qui libertinus 37. in fin. de oper. libert. l. 4. de cond. ca. dat. l. 8. §. si convenerit 8. ad sen. Vell. l. ult. de senat. Maced.* unde & à fidejussore passim distinguitur, *l. ut res 53. de contr. emp. d. l. 37. in fin. de oper. lib.* & interdum simpliciter reus nominatur, quia solus obligatur quasi reus principalis, *d. l. 7. §. servus 8. de dol. mal. d. l. 64. §. 4. solut. matrim.*

3 Veteres quos nostri fidejussores postea dixerunt, appellabant *sponsores*. Cicero *ad Attic. lib. 1. Ep. 8. Tulliola, nostræ deliciolæ, tuum munus flagitat, & me sponsorem appellat.* Et alibi, *Famil. lib. 6. Ep. 18. De negotio tuo, quod sponsor es pro Pompejo, si Galba consponsor tuus redierit*, &c. Species sponsorum sunt, qui dicebantur, *prædes*, & item, qui *vades*. Prædes dicti, teste Ascon. Prædiano *Verr. 3. satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est.* Et Festus: *Præs*, inquit, *est eis, qui populo se obligat, interrogatusque à magistratu, an præs sit, ille respondet, Præs.* In quem locum Josephus Scaliger sic scribit: *Festus ait, prædem dictum esse, quod interrogatus à populo si præs esset, respondebat, Præs, supple, sum. Præsesse antiquitus significat præsentem esse, παρεῖναι. Unde superest participium Præsens. Quam notationem confirmat Ausonius, qui in ludicro dramate septem Sapientum de Thalete loquens, sic ait, Spondere qui nos, noxa quia præsest, vetat.* Idem Scaliger apud Varronem *5. de ling.* sic legendum existimat: *Itaque præs qui à magistratu interrogatus in publicum an præsest; à quo, & cum respondet, dicitur præs.* Vades autem dicti sunt, auctore Varone *d. loc. qui pro alio vadimonium promittunt*, id est sponsores judicio aliquem sistendi. Et si fides Ausonio, vades appellati, qui dabantur in rebus criminalibus; prædes, qui in causis civilibus. Sic enim ille in *monosyllab. Idyll. 12.*

Quis subit in pœnam capitali judicio? Vas.
Quid si lis fuerit nummaria, quis dabitur? Præs.

Sed tamen quicumque pro altero vadimonium promittebat etiam in re pecuniaria, vadem appelatum constat. Vid. Hering. *de fidejuss. cap. 3. num. 43. & ϰαὶ ϰαὶ* claris. Salmas. *lib. de mod. usur. cap. 16.*

Ut diligentius sibi cautum sit) Fidejussores & pignora sponsionum fideique sunt vincula & firmamenta, *l. 9. in fin. de sup. leg.* Senec. *de benef. 7. 14.*

TEXTUS.

In quibus obligationibus.

1. *In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint. Ac nec illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem à servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.*

NOTÆ.

1. *In omnibus obligationibus*) *L. 1. l. 2. l. 8. §. 1. l. 10. §. 3. h. t.* etiamsi obligatio ex delicto oriatur, *d. l. 8. §. 5. l. 56. ultim. l. 70. §. ult. eod.* utique si agatur civiliter: nam si criminaliter agatur ad coercitionem corporalem, fidejussio inutilis est, arg. *l. 13. ad leg. Aquil. l. 22. C. de pœn.* Textus autem in *l. 1.* cum *seqq. de cust. reor.* accipiendi de fidejussoribus, qui caveant de reo sistendo, non qui pœnam suscipiant delicti.

An naturalis) *L. 6. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. hoc tit.* ut ut arctius hoc casu astringatur fidejussor, quàm reus, add. Theoph.

COMMENTARIUS.

1 *Fidejussorem pro omni obligatione ex contractu rectè intervenire, excepta causa dotis.*
2 *Item pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur.*
3 *Quatenus in criminalibus recipiatur fidejussor?*
4 *Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur?*
5 *Quid si obligatio sit merè civilis?*

OBjectum fidejussionis seu materia, circa quam. Cùm fidejussoris obligatio sit accessio alterius obligationis, necesse est statui aliquam obligationem, cui fidejussoria accedat, alioqui & hæc non tenebit, *l. 6. in fin. l. fidejussor 16. l. si sub. 29. l. si quis 37. & pass. hoc tit. l. 6. de verb. obl.* unde quoque est, quod his, qui solutionis gratia adjectus est, fidejussorem accipere non potest, scilicet, quia reum principalem obligatum non habet, *l. si mihi 23. eod.* Cæterum dum aliqua sit obligatio, non in totum improbata jure civili aut prætorio, cujuscumque ea generis sit, tenet fidejussio, *l. 1. l. 2. l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. §. 1. & seqq. l. 16. §. 3. eod.* Clarius hoc apparebit ex enumeratione singularum. Primum earum 1 obligationum, quæ ex contractu aut quasi ex contractu nascuntur, fidejussorem rectè acci-

pi,

pi, nemini dubium esse potest; quippe cùm ex his pecunia debeatur, aut res pecunia æstimabilis. Una tantùm species hic excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem soluto matrimonio uxori restituendam: pro qua obligatione fidejussorem exigi aut accipi constitutiones vetant, ne causa perfidiæ in conjugio generetur, *l. 1. & 2. C. ne fidej. dot. dent. l. 1. C. Theod. de fidej. dot.* quamvis recentiorum nonnulli fidejussorem à marito eo nomine ultro datum obligari contendant, vid. Fachin. 8. *contr.* 76. Gail. 2. *obs.* 84. Ant. Fab. *C. suo, d. tit. defin.* 1. Ant. Merend. 6. *contr.* 13. Christin. *vol.* 3. *decis.* 141. VINN. Nolim tamen ego his auctoribus adsentiri, quum non modo rubrica tituli *C. ne fidejuss. dot. dent.* prohibitionem insolvat, verùm etiam *l. un. C. Th. de fidej. dot.* ex qua *l. 1. C. Justin. eod.* desumpta est, disertè *omnium sponsorum vel fidejussorum in cavenda dotis sponsione promissiones deinceps absolvat.* Accedit quod ratio hanc fidejussionem prohibendi æquè in maritum ultro fidejussores dantem cadat, ac in eos, qui inviti dederint. Eadem enim absurditas, eadem turpitudo, idem fidei ac amoris conjugalis contemptus hic versatur, ut rectè monuit Harprecht. *ad h.* §. *num.* 11. Potest tamen pignus à marito pro dote dari, *l. 7. §. 6. ff. de don. int. vir. & ux.* quia hìc alienam fidem uxor non sequitur, sed mariti. Potest & fidejussor accipi pro dote ab uxore promissa, ab alio expromissa, *l. 55. ff. de jur. dot.* Potest denique satisdatio exigi de solutione dotis post certum tempus *l. 24. §. 2. ff. solut. matrim.* Quemadmodum enim illo casu maritus non uxoris sed tertii fidem in dubium vocat: ita hoc non de constante, sed de soluto matrimonio agitur. HEIN. Sed etsi ex delicto oriatur actio, nihilominus fidejussor interveniens obligatur, *l. 8. §. sed & 5. l. si quis 56. §. ult. l. si à reo 70. §. ult. hoc tit.* utique si ex hoc civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam: nam si agatur criminaliter & ad coercitionem corporalem, inutilis est fidejussio: quoniam ejus pœnæ nemo succedaneus est, cujus nulla potest fieri separatio, & ubi quod quis solvit aut sustinuit, nulla actione repeti, aut in priorem statum reponi potest. Nimirum æquum omnino est, fidejussori ejus, quod pro reo solvit, recuperandi causa actionem mandati dari, ne cui officium suum sit damnosum; at pœnæ corporalis nulla est restitutio: & quid proderit fidejussori, reum eamdem pœnam posteà subire? Postremo nemo contrahendo se ad pœnam corporalem obligare potest: quoniam membrorum suorum nemo dominus videtur, *l. 13. ad leg. Aquil.* neque justitiæ ratio patitur, eum qui non deliquit, pœnam hujusmodi sustinere, *l. sancimus 22. C. de pœn.* Alia verò quæstio est, utrum reus criminis non usque adeo atrocis, qui nondum convictus est, neque satis evidentibus indiciis urgetur, persona alias honesta, in carcerem protinus conjicendus sit, ut ex vinculis causam dicat, an fidejussores hìc recipi possint, non qui pœnam delicti suscipiant, sed qui caveant de reo sistendo, ut is molestiam carceris interim effugiat? Placet autem, hoc casu rem fidejussoribus committi posse, qui si reum non stiterint, certa pecunia mulctentur, quanta scilicet vel cautione vel decreto magistratus comprehensa est, aut ex consuetudine inferri solet: alioqui magistratus arbitrabitur. Quod si dolo fidejussorum fiat, ne reus exhibeatur, graviori animadversione extra ordinem coerceri possunt. In quam sententiam sunt textus in *l. 1. l. 2. l. 3. & 4. de custod. & exhib. reor. l. 6. §. 3. l. 12. C. de appell.* Porro non tantùm obligationi civili, sed etiam naturali fidejussor adhiberi potest, *hoc text. l. 6. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. hoc tit.* licet hoc casu arctius & fortius adstringatur fidejussor, quàm reus principalis. Cæterum hoc ita, si naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam si ex earum genere sit, quæ juris civilis auxilio penitus destituuntur, nec fidejussor in eam accipi potest: veluti si pro eo, quod prodigus promisit, fidejussor intervenerit, *l. 6. de verb. obl.* Neque obstat, quod Marcellus scribit, eum, qui pro prodigo fidejussit, obligari, *l. 25. hoc tit.* Obligatur enim suo nomine dumtaxat, non alieno: non ut fidejussor, qui accedat obligationi principali, quæ hìc nulla est, sed ut principalis reus, & ratione suæ solius promissionis, quippe qui idem promittens quod furiosus aut prodigus, in quorum persona sciebat obligationem non consistere, donare voluisse videtur. Itaque Marcellus verbo fidejubendi in proposito utens respexit tantùm ad nudum fidejubendi actum, & promissionem, quæ de facto præcessit, licet citra ullum juris effectum, *d. l. 6. de verb. obl.* Ita ferme & Accurs. Bart. & DD. vulgo, quamquam alii aliter. Don. ad *d. l. 6. in fin.* Ræyard. 2. *var.* 9. Robert. 2. *recept. lect. ult.* Cont. 2. *lect.* 3. Lyclam. 6. *memb.* 8. Quid si obligatio sit merè civilis? Existimo, hoc genus obligationis ut improbatum jure prætorio, & sine re atque effectu inutile, *l. nihil interest 112. de reg. jur.* huc non pertinere. Etsi enim summo jure ex nuda civili obligatione agi potest, tamen cùm & actio insti-

tuta opposita perpetua exceptione elidatur, & tale debitum neque solutum per errorem retineri, neque constitui, neque compensari possit, *l. qui exceptionem* 40. *de cond. ind. l.* 3. §. 1. *de pecun. const. l.* 14. *de compes.* frustra pro eo fidejussor intervenire videtur, *fac. l. si quis* 37. *hoc tit.* aut certè si fidejussio summo jure teneat, is qui fidem suam interposuit, conventus eadem exceptione, quæ reo principali competit, creditorem repellere poterit, per *l.* 7. §. 2. *de except.* Bart. *in l.* 1. *num.* 3. *hoc tit. post Gloss. hic.*

Sive litteris) Non adversatur quod modo diximus, pro obligatione merè civili fidejussorem inutiliter intervenire. Etenim litterarum obligatio pro merè civili habenda non est, sed pro mixta seu civili & naturali simul. Quippe mixta obligatio duorum generum est, una verè talis, altera præsumptivè: qualis est obligatio judicati, item jurisjurandi ab actore judice deferente præstiti: atque hujus generis etiam ea est, quæ litterarum dicitur. Nam si quis chirographo suo confessus est, se pecuniam mutuam accepisse, ea confessio post silentium biennii auctoritate juris pro veritate habetur, perindeque is, qui confessus est, ex eo tempore tenetur, ac si revera ei pecunia numerata sit. De quo uberius *tit. seq.*

Utrum civilis) Non civilis nuda, sed mixta, quæ actionem efficacem producit, quæ in usu juris civilis & absolutè quoque obligatio vocatur. Idem autem hoc traditur apud Julianum *l.* 16. §. *hoc tit.*

Pro servo quoque obligetur) Servi ex contractibus naturaliter tantùm obligantur, *l.* 14. *de obl. & act.* Ac ita obligantur non modo extraneis, sed etiam domino, ut hoc loco docet Justinianus; potestque dominus in id, quod sibi naturaliter debetur, fidejussorem à servo accipere, *l. si à reo* 70. §. 3. *eod.* quamvis ex contrario pro eo, quod dominus servo naturaliter debet, fidejussor acceptus non teneatur, *l. si quis* 56. §. 1. *eod.* speciali scilicet ratione, quam indicavi *tit. praced.* §. *item inutilis* 6.

TEXTUS.

De hærede.

2. *Fidejussor non tantùm ipse obligatur, sed etiam hæredem relinquit obligatum.*

COMMENTARIUS.

Satis notum est, obligationes & actiones, quæ ex contractibus veniunt, in hæredes quoque dari, §. 1. *inf. de perp. & temp. act. l.* 12. *l. ex contractibus* 49. *de obl. & act.* idque etiamsi nulla in contrahendo hæredum facta sit mentio, *l.* 13. *C. de contr. stip.* Talis autem est obligatio, qua tenetur fidejussor; ac proinde non ipse tantùm obligatur, sed etiam hæredem obligatum relinquit, *l.* 4. §. 1. *hoc tit. l. fidejussoris* 24. *C. eod.* Quod si principalis obligatio ex delicto descendat, tenebitur quidem hic etiam hæres fidejussoris, sed tam diu, quàm vivit & tenetur is, qui deliquit: eo verò mortuo, ut fidejussor ipse, ita etiam hæres ejus liberatur, nisi forte ante rei mortem lis contestata fuerit, *d.* §. 1. *inf. de perp. & temp. act. l. omnes* 26. *l. sciendum* 58. *de obl. & act. l. pœnalia* 174. *de reg. jur. l.* 10. §. 2. *& ibi* Costal. *si quis caut. jud. sist.* Nam quoties principalis obligatio in hæredes debitoris transit, toties etiam fidejussoria transit in hæredes fidejussoris: at principali sublata evanescit & fidejussoria. VINN. Aliquando fidejussio in hærede fit obligatio principalis, quæ in defuncto accessoria tantùm fuerat, si nimirum fidejussor minori, pro quo fidejusserat, hæres fiat. De quo casu intelligenda videtur *l.* 95. §. 3. *de solut.* ut non opus sit ibi emendatione Cujacii, pro *principalis* legentis *personalis.* Conf. Viri amplissimi Zach. Hub. *Diss. de Chirogr. Paulli*, *cap.* 1. §. 6. *p.* 67. HEIN.

TEXTUS.

Si fidejussor præcedat, vel sequatur obligationem.

3. *Fidejussor & pracedere obligationem & sequi potest.*

COMMENTARIUS.

Et pracedere) Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest, *l.* 6. §. *ult. hoc tit.* ita tamen, ut præcedens fidejussoribus obligatio tum demum vires capiat, cùm & principalis obligatio, cujus illa accessio est, constituta est. Interim verò in pendenti esse obligationem fidejussoribus, sciendum est, *l. non quemadmodum* 35. *de jud.* Neque fidejussorem ante conveniri posse, quàm reus debeat, *l. fidejussor.* 57. *hoc tit.*

Et sequi potest) In quo differt fidejussor à mandatore. Nam qui post creditam pecuniam mandat eam credendam, non obligatur, nisi simul suo periculo debitori inducias petat solutionis, *l.* 12. §. *si post.* 14. *mand.* Item à pecuniæ constitutæ reo, qui non sequitur, *l.* 1. §. 1. *de pec. constit.*

TEX-

TEXTUS.

De pluribus fidejussoribus.

4. Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, à quo velit, solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor à singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutum fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi imputare debet, cùm potuerit juvari ex epistola D. Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.

NOTÆ.

4. *Ex epistola D. Hadriani*) *L. 26. eod.* Beneficium hoc vulgo divisionis appellatur. Et cæteris quoque accessionibus datum est, *l. ult. C. de pec. const.*

Hujus solius detrimentum) Poterit quidem quod solvit, repetere à debitore actione mandati: sed à creditore partem repetere non potest: nec adversus confidejussores ullam actionem habet, extra quam si tunc cùm solvit, actiones sibi cedi à creditore curaverit, aut ea lege solverit, ut postea cederentur, *l. 17. l. 36. l. 39. eod. l. 2. l. 11. l. 14. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Circa obligationem plurimum fidejussorum nihil mutatum Nov. 99.*
2 *Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat? & num. 6.*
3 *Beneficium ordinis quale, & quid quibus tribuat? & alia remissivè.*
4 *Beneficium ordinis non pertinere ad fidejussores judiciales, &c.*
5 *Obligationem plurium fidejussorum non dividi ipso jure, sed ope exceptionis; & quid inter hæc intersit?*
7 *Conditiones, sub quibus beneficium divisionis conceditur.*
8 *Quando opponi debeat exceptio divisionis, quando ordinis?*
9 *Quando locus exceptioni cedendarum actionum?*
10 *Renunciatione superiora beneficia amitti.*

PLures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit, *l. 3. C. hoc tit.* Neque hoc jus mutatum est *Nov. de reis promittendi 99.* unde *auth. hoc ita, C. de duob. reis.* Rectè enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cùm plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, qua mente id fiat, utrum sicut solidum verbis, ita re quoque promisisse videantur; an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint: cujus dubitationis causam sustulit Justinianus cavens ne plures promittendi ejusdem pecuniæ aliter in solidum singuli obligentur, quàm si nominatim id actum sit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cùm horum singuli promittant id quod reus habet, & quantum debet. Debet autem solidum. Tenentur ergo plures fidejussores singuli in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterum hoc beneficium epistola Hadriani Imperatoris illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *l. si plures 26. hoc tit. l. 3. C. eod.* Estque hoc beneficium, quod vulgò *divisionis* appellatur; competitque non fidejussoribus tantùm, sed cæteris quoque accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandata eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, *l. ult. C. de pec. const.* Vim beneficii mox latius explicabimus. Novissimè & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Justiniani *Nov. 4. cap. 1.* unde *auth. præsente, C. hoc tit.* quod tale est, ut sive unus sive plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quàm ad fidejussores perveniatur, nec ante cum his efficaciter agi possit, quàm si suum creditor à debitore consequi nequeat. Id autem accidit duobus casibus, si vel absit reus, vel non sit solvendo. Cæterum placet nihilominus priore casu fidejussori postulanti spatium temporis à judice dari, intra quod reum absentem evocet: eo verò spatio elapso, si non venerit reus, lis contra fidejussorem peragitur. Posteriore casu si reus præsens sit, aut evocatus venerit, tum si is solvendo non erit, quatenus solvendo non est fidejussor rectè convenitur. Verùm cùm de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus & condemnandus est; deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque, quæ erant, vendenda sunt. Hæc Justinian. *d. Nov. 4. cap. 1.* Quod si debitor notoriè non sit solvendo, excussio non est necessaria, secundum Mynſ. *cent. 2. obs. 15.* Gail. *2. obs. 27. num. 14.* Menoch. *consil. 662. num. 20.* Vasq. *illust. quæst. p. 1. lib. 1. c. 40. num. 2.* ubi communem dicit.

cit. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut superius, fidejussoribus, item reliquis accessionibus datum, contra conditionem obligationis jurisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire, *l.* 3. *l.* 5. *C. hoc tit.* Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excussionis.* Ordinis, propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiuntur, ut sciatur, an solvendo sit, nec ne. An huic beneficio locus sit in foro mercatorio, vid. Fachin. 8. *contr.* 53. Ant. Fab. *C. suo, hoc tit. defin.* 3. Suprema apud nos curia aliquando censuit, non esse, *decis.* 13. An ei competat, qui fidejubendo simul se debitorem principalem constituit, Gail. *d. lib.* 2. *obs.* 28. Schneid. *ad hunc §. num.* 11. Christin. *vol.* 5. *decis.* 214. *num.* 46. Illud constat, fidejussores judicio sisti, & judicatum solvi, exceptionem ordinis non haberes quippe hujusmodi stipulationes ex auctoritate prætoris interponuntur, ut judicium ratum sit, *l.* 1. *de stip. præt.* contra cujus mentem foret, differri executionem judicati, *arg. l. in conventionalibus* 52. *de verb. obl.* Ant. Fab. *C. suo, defin.* 5. *hoc tit.* Christin. *vol.* 2. *decis.* 145. *num.* 7. & *vol.* 4. *decis.* 179. *num.* 25. Sed nec ille, qui pro naturaliter tantùm obligatio intervenit, hoc beneficio uti poterit Gail. *d. obs.* 27. *n.* 20. Consule porro de beneficio ordinis DD. *in autb. præsente, C. hoc tit.* Gomez. 2. *res.* 13. *num.* 14. Gail. 2. *obs.* 27. & *seq.* Hering. *de fidejuss. cap.* 27. *part.* 1. Christin. *volum.* 5. *decis.* 2. *num.* 14.

4

Compellitur creditor à singulis) Etiamsi in fidejussoribus accipiendis convenerit, ut singuli in solidum tenerentur. Quippe hæc conventio conditionem juris & constitutionem non mutat, postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur, *l.* 3. *in fin. C. hoc tit.* secundum quod Parisiis judicatum refert Papon. *lib.* 10. *tit.* 4. *arrest.* 23. Cæterum in hac divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed per exceptionem dumtaxat, *l. inter* 26. *eod.* inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantùm viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin etsi quis solidum solvisset, partem condicere, tanquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere ostendit hic locus, & *d. l. inter* 26. *l. si testamento* 49. §. 1. *in fin. eod.* Deinde non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgeri, quàm si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ, ita ejusdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum, licet ejusdem summæ, fidejussores actionem non dividi, *l. si à Titio* 43. *l. si plures* 27. §. *ult. eod.* Postremo hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantùm dari, qui ipsi conventione sua plures fidejussores acceperunt: pluribus fidejussoribus tutorum aut curatorum non competere, *l. ult. rem pup. salv. for.* ubi & ratio additur.

5

6

Solvendo sunt litis contestatæ tempore) Duæ sunt conditiones, sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus datur. Una est, si fidejussores non negent, se fidejussores esse. Inficiantibus auxilium divisionis dari non placuit, *l.* 10. §. 1. *hoc tit.* Altera, cujus hìc fit mentio, est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, *hoc text. l. inter* 51. §. 1. *eod.* Quod placet, in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet, primum ut sciamus, si quis è fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, licet antea solvendo fuerit, id cæteris, qui solvendo sunt, non prodesse sed, ut in textu dicitur, cæteros onerare. Deinde si omnes proponantur tempore litis contestatæ solvendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse cœperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus ejus qui solvendo est, non pertinere, *d. l. inter* 51. §. *pen.* Illud hic quæsitum est, quando exceptio divisionis opponenda sit; postulandumque, ut actio dividatur. Sed expressè rescriptum ab Alexandro est, id postulari solere ante condemnationem, *l.* 10. §. 1. *C. hoc tit.* Quo loco manifestè & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem posse objici post litem contestatam, & qui ajunt, opponi posse etiam post sententiam, vid. Salic. *in d. l.* 10. §. 1. *num.* 5. Sichard. *num.* 10. & *seqq.* Don. *num.* 2. & *seqq.* Ordinis verò & excussionis exceptio, cùm sit dilatoria, ante litem contestatam opponenda est, vid. Ant. Fabr. *C. suo, hoc tit. defin.* 38. Fachin. 8. *controv.* 52. Christin. *vol.* 5. *decis.* 214. & *ibi citat.* Dissentit tamen Gail. 2. *obs.* 27. *num.* 3. contendens, opponi eam posse usque ad conclusionem in causa; quamquam fateatur, omissam ex officio à judice suppleri non posse, add. D. Jo. à Sande *lib.* 1. *rer. jud. tit.* 7. *defin.* 2.

7

8

Si ab uno fidejussore creditor totum, &c.) Si unus ex pluribus fidejussoribus omissa exceptione beneficii divisionis solidum solverit, is quidem à debitore, quod solvit, actione mandati repetere potest, §. *si quis* 6. *inf. eod.* Cæterum si debitor solvendo non sit, sibi imputet,

tet, quod beneficio usus non sit: neque enim vel à creditore partem reperere potest, quia solidum ipso jure debuit, & humanitatem beneficii contempsit: neque ullam actionem habet adversus confidejussores: denique nec pignora persequi potest, quæ creditori obligata erant, *l. ut fidejussor* 39. *hoc tit. l.* 11. *C. eod.*

9 Planè potest fidejussor conventus desiderare, ut à creditore sibi cedantur actiones adversus confidejussores & possessores pignorum: sed tunc cùm solvit, aut si ea lege solverit, ut sibi postea cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere, ut cedantur, non potest, *l. fidejussoribus* 17. *l. cum is* 36. *l. ut fidejussor* 39. *hoc tit. l.* 2. *l.* 11. *l. mandati* 14. *C. eod. l. Modestinus* 76. *de solut.* Quamquam sunt, qui & post solutionem cessionem rectè fieri volunt: & ita fere nunc obtinere. Sande *de act. cess. cap.* 7. *num.* 11. *& seq.* Groenew *de ll. abrog. ad d. l.* 11. *C. hoc tit.* Dissimilis est causa mandatoris, quem etiam postquam solvit, placet, agere posse adversus creditorem, ut sibi actiones suas cedat adversus debitorem & cæteros ejusdem obligationis reos, *l. Papin.* 28. *mand.* quippe mandator mandati actionem habet adversus creditorem, fidejussor non habet. Quod autem tutori, qui solvit, adversus contutores pro eorum parte utilis actio datur, id singulariter in tutoribus constitutum est favore pupillorum, *l.* 1. §. *& si forte* 13. *de tut. & rat. dist.* ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enimverò exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus ex fidejussoribus in solidum condemnatus est, ab eo opponi potest, *l. si fidejussores* 41. §. 1. *hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. Sichard. *ad l.* 10. *C. hoc tit. num. ult.* De exceptione hujus beneficii vide citatos apud Christin. *vol.* 4. *decis.* 179. *n.* 10. *& seqq. vol.* 5. *decis.* 214. *num.* 51. *& seq.* Illud postremo sciendum est, hæc fidejussorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa esse, nisi his fidejussores expresse renunciaverint; renunciando, ut fere hodie fit, amitti. Licet enim unicuique juri pro se introducto renunciare, *l. pen. C. de pact.* Hinc cautio consulto-

10 rum creditorum usitata notariis in instrumentis fidejussionis, ut qui fidejussores accipiuntur, renuncient beneficiis ordinis, excussionis, & divisionis, quo liberum sit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

TEXTUS.

In quam summam obligatur fidejussor.

5. Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quàm debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione potest esse, quàm in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque rectè obligatur: contra verò obligari non potest. Item si ille purè promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest: contra verò non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.

NOTÆ.

Ut minus debeant, obligari possunt) Vel in minorem summam, quam quæ debetur à reo principali, vel alias in causam leviorem, *d. l.* 8. §. 7. *& seqq. l.* 34. *hoc tit. cum simil.*

COMMENTARIUS.

1 *Fidejussorem arctius, quàm reum principalem obligari posse: durius non posse.*
2 *Acceptum in majorem quantitatem, quàm quæ debetur, ne in debitam quidem obligari.*
3 *Transpositione Haloandri in* l. 8. §. *illud* 7. hoc tit. *everti sententiam Ulpiani, falsamque effici ejus definitionem.*
4 *Explicatur* l. rogatus 33. mandat.
5 *Constitui & fidejussionis quàm dissimilis sit ratio?*
6 *Removetur obstaculum ex* l. 1. §. stipulanti 4. de verb. obl.
7 *Media Bachovii sententia non improbabilis, & quid hodie ad quæstionem propositam respondendum.*

1 CUm fidejussores accipiantur firmandæ principalis obligationis causa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorique vinculo constringantur, quàm reus principalis, veluti per instrumentum garantigiatum seu paratæ executionis, per hypothecam, per jusjurandum, per pœnæ adjectionem, cùm reus obligatus est simpliciter, Jo. Fab. *hic*, Gomez. 2. *resol.* 13. *num.* 2. adeoque pro eo, qui naturaliter tantùm obligatus est, fidejussorem rectè intervenire placet, quamvis hoc casu cum solo fidejussore judicio agi possit, cum reo non possit, §. 1. *sup. eod.* In causam verò duriorem accipi non potest, id est, ita accipi, ut fidejussor vel re vel tempo-

po-

pore, aut causa plus debeat, quàm reus principalis, *hoc text. l. 8. §. illud 7. eod.* quod DD. non ineleganter sic breviter exprimunt: *Fidejussor intensivè obligari potest, extensivè non potest.* Cæterum de illo non satis inter interpretes convenit, utrum fidejussor in majorem summam acceptus, quàm debet reus principalis, prorsus non obligetur, an saltem obligetur in summam concurrentem. Glossa & Bart. in *d. l. 8. §. illud 7.* omnesque fere interpretes veteres sentiunt, fidejussorem ita acceptum planè non obligari; quorum sententiam sequuntur & defendunt Connan. *6. comm. 6.* Hotom. Bachov. *in hunc §.* Fachin. 8. *contr.* 51. Gœdd. *cap. 4. de contr. stip. concl. 4. num.* 65. *& seqq.* Timæ. Fab. *disp.* 23. At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra disserunt, atque in proposito fidejussorem obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem. Cantiunc. Baro, Mynf. Wesemb. Gifan. *hic*, Gomez. 1. *resol.* 13. *num.* 2. Duar. *ad tit. de fidejuss. cap.* 3. Vasq. 1. *illust. q.* 40. Bronch. 4. *cent.* 53. Hering. *de fidejuss. cap.* 24. *num.* 52. *& seqq.* quibus etiam accedit Diod. Tulden. *comm. hic, cap.* 2. Prior sententia de jure mihi verior videtur. Sic enim

2 in universum de his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt; definit Ulpianus *d. l. 8. §. illud 7. hoc tit.* eos, si in duriorem causam adhibiti fuerint, *omnino non obligari*, ut habent Codices vulgati omnes & ipsum exemplar Florentinum. Latinis autem *omnino non* idem valet quod *neutiquam, planè, prorsus, penitus non*: nisi cavillamur. Neque alio sensu à nostris usurpatur ipsove Ulpiano, *l. si non sortem 26. §. indebitum 3. de cond. ind. l. 2. §. 2. in fin. de adm. tut. l. 4. §. sed enim 3. rem pup. salv. for.*

3 Quod si cum Haloandro pro *omnino non* restituas, *non omnino*: aut *omnino non*, dictum putes, pro *non omnino*, quasi dixisset Jurisconsultus, fidejussorem in duriorem causam acceptum teneri in eo tantùm & quatenus reus ipse obligatus est; evertitur sententia illius loci, quæ generalis est, falsaque efficitur Jurisconsulti definitio in fidejussoribus omnibus in duriorem causam acceptis extra casum propositum. Nam certum utique est, fidejussores planè non obligari, qui in duriorem causam accipiuntur, extra quam si in majorem summam accepti fuerint, puta si purè spoponderint, quod reus sub conditione aut in diem debebat, vel si purè reus interrogatus fidejussor cum adjectione loci acceptus sit, sive quid aliud adjectum, quo conditio fidejussoris deterior fiat. Neque enim alia ratio est, cur Jurisconsulti passim tam sollicitè quærant, an & quando fidejussor in duriorem causam adhibitus videatur, quàm quod eo casu, quo ita acceptus est, prorsus non obligetur: uti & simpliciter ubique respondent, eum non obligari, *d. l. 8. §. illud 7. cum seqq. l. 16. §. 1. l. hi qui 34. l. si testamento 49. §. 2. l. si à reo 70. §. 1. & 2. hoc tit.* Accedit, quod Justinianus hoc loco omnes istas species cum ea, de qua quæritur, comparat, & eodem jure censere videtur; maximè verò quod responsum est, fidejussorem in duriorem causam acceptum contra juris formam acceptum intelligi, *d. l. si testamento 49. in fin.* ut proinde nulla in parte fidejussio, quacumque ratione deterior illa sit obligatione principali, valere possit. Nihil admodum pro contraria sententia facit *l. rogatus 33. mand.* Nam ut rectè

4 Gloss. & Bart. *in d. l. 8. §. illud 7.* respondent, non quæritur illo loco, an & quatenus creditori obligetur fidejussor acceptus in majorem summam, quam reus principalis debebat; sed an & quatenus actionem mandati habeat, qui in majorem summam, quàm rogatus erat, fidejussit, propterea quod videri potest fines mandati excessisse, de quo in *§. is qui 8. inf. de mandat.* Neque ullum in *d. l. rogatus 33.* verbum proponitur, ex quo colligere possis, in ampliorem summam, quàm quæ debebatur, mandatarium intervenisse. Sed & responderi potest, dissimilem esse causam fidejussoris, qui præcedit obligationem, de quo in *d. l. rogatus 33.* agitur, & ejus, qui post constitutam obligationem intervenit. Nam antecedens fidejussio in suspenso est, eamque interpretatur & pro arbitrio limitat subsequens obligatio sic, ut ad illam quidem nihil possit addere, detrahere autem de ea aliquid aut deminuere valeat. Est enim præcedens fidejussio mandato non absimilis, in quo hoc evenit, ut si, verbi causa, mandaverim tibi, ut ducenta crederes Titio, & tu centum tantùm credideris, saltem in id, quod numeratum est, actionem mandati adversus me habeas, eo quod nihil à te factum est contra legem mandati, cùm feceris conditionem meam meliorem, *l. si ultra 22. C. mand. & ibi Salic. de fidejuss.* Non obstat *l. hactenus 11. §. 1. de pec. const.* Nam in constituto nuda tantùm æquitas spectatur, multaque in eo admissa sunt, quæ

5 fidejussoris obligatio respuit: veluti quod necesse non est, eum, cui constituitur, creditorem esse, *d. l. §. 2. d. tit.* quod aliud, quàm quod debetur, constitui potest, & quod debetur, constitui in citeriorem diem, *l. 1. §. an potest 5. l. 4. eod.* quorum nihil admittit fidejussio, *d. l. 8. §. illud 7. & seq. l. 16. pr. l.*

si ita 42. *hoc tit.* Unde apparet, à constituto ad fidejussionem firmum argumentum duci
6 non posse. Illud majoris momenti est, quod in majori summa vi ipsa & potestate inesse & minor intelligitur, *l.* 1. §. *si stipulanti.* 4. *l. inter.* 83. §. 3. *de verb. obl.* & quod ob hanc causam placet, si quis de decem interrogatus viginti respondebat, obligationem saltem in decem contractam esse, quia scilicet hactenus congruenter interrogationi responsum sit, *d. l.* 1. §. 4. Jam verò si majore summa promissa, pro ea quantitate, quæ in interrogationem deducta est, utilis est stipulatio principalis, quasi hactenus aptè responsum sit, nulla ratio dari posse videtur, cur ob eamdem causam in totum vitiari debeat accessoria fidejussoris. Resp. Non ideo dicimus in totum vitiari obligationem fidejussoris majorem summam stipulanti creditori promittentis, quàm reus debet, quia in totum ad interrogationem creditoris non aptè respondet: sed quia durius eum creditor obligari voluit contra naturam obligationis fidejussoriæ, quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejussor, quàm principalis reus, *l. si testamento.* 49. *in fin. hoc tit.* VINN. Hactenus Vinnius probasse sibi visus est, fidejussorem in duriorem causam obligatum omnino nihil debere. Quæ etiam sententia fuit Joannis Bossiani ex primis Glossographis, & postea ipsius Cujacii in *Recit. ad lib.* 11. *Resp. Papinian. in l.* 9. *ff. de usur.* Sed is ipse hanc sententiam deservit in *Notis secundis ad Inst. h.* §. & in *Recit. ad lib.* 4. *Jul. & Minic. in l.* 33. *ff. mand.* ubi fidejussorem in duriorem causam datum, saltim in minorem obligari docet. Id quod sanè principiis juris magis consentaneum videtur, partim ob *l.* 33. *ff. mand. & l.* 11. §. 1. *ff. de pec. const.* quibus non usquequaque satisfactum videtur à Vinnio, partim quia fidejussio est stipulatio, cujus ea natura est, ut qui stipulanti decem, viginti promiserit, decem debeat, *l.* 1. §. 4. *ff. de V. O.* Accedit axioma illud generale, quod utile non debeat per id quod inutile est, vitiari. *l.* 9. *ff. de usur. l.* 1. §. 4. *de V. O. l.* 35. §. *ult. C. de donat.* Nec aliter græci videntur docuisse. In Basilicis enim in *l.* 8. §. 7. de fidejuss. & mand. pro *omnino non* legimus οὐ᾽ ὅλως, *non omnino*, id est, non in totam sum-
7 mam majorem, in quam datus est. Conf. Em. Merill. *Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 1. 199. HEIN. D. Bachov. existimat interesse, utrum creditor majorem summam à fidejussore stipulatus sit, quàm reus debebat, an eamdem, & fidejussor majorem promiserit: veluti si cùm decem reus revera deberet, creditor quoque non amplius, quàm decem stipulatus sit à fidejussore, & is viginti fide sua esse jusserit: illo casu in totum vitiari fidejussionem, quoniam aliter & durius fidejussorem astringere creditor voluit; hoc casu consistere pro quantitate debita. Quæ sententia rationem habet: quoniam cùm creditor nihil amplius à fidejussore stipulatur, quàm quantum reus debet, non potest propriè dici, fidejussorem adhibitum esse in duriorem causam. Planè nunc in consulendo & judicando sequerer sententiam posteriorem: non ob id solùm, quod eam æquitas commendat; sed quia pactorum & stipulationum jura confusa sunt, hodieque tam nudo pacto, quàm stipulatione fidejussor constitui potest, ut nulla planè nunc sit stipulationis & constituti differentia. Gomez. 2. *var. resol. cap.* 13. *n.* 2. Autumn. *confer. du droit. hic.*

Accessio est principalis obligationis) Hinc fit, ut & ab initio nulla sit fidejussio, si nulla subsit obligatio principalis, & ut sublata obligatione principali tollatur & accessoria fidejussoris, ex communi scilicet natura omnium accessionum, *l. in omnibus.* 43. *de solut. l. novatione.* 18. *de novat. l. cum principalis.* 178. *de reg. jur.* Deinde etiam hoc, quod hìc docemur, ut etiamsi subsit aliqua obligatio principalis, fidejussor tamen accipi non possit in plus, quàm principali obligatione continetur: siquidem quod amplius foret in obligatione fidejussoris, id esset accessio sine principali.

Nec plus in accessione) Si hoc axioma restringamus ad subjectam materiam, id est, ad obligationem accessoriam, verum est in universum in iis, qui pro aliis obligantur. At extra hanc causam nihil impedit, quominus plus pretii sit in accessione, quàm in principali re, §. *si tamen* 26. *sup. de rer. div. l. cum aurum.* 19. §. *perveniamus.* 13. *& seqq. de aur. arg. leg. l. si in emptione.* 34. *de contrahend. emption.*

Ut minus debeant, obligari possunt) Fidejussor in leviorem causam obligari potest, veluti in minorem summam, quàm ea sit, quæ debetur; aut pro reo purè accepto, ex die vel sub conditione, *d. l.* 8. §. *illud.* 7. *hoc tit.* aut si qua alia ratione levior fiat conditio fidejussoris. Exempla in *d. l.* 8. §. *antepen. & pen. l. hi qui.* 34. *eod.*

Non solùm in quantitate) Plus non modo ex quantitate æstimatur, sed etiam ex tempore: item ex loco adjecto & causa: quod pluribus atque ex professo explicatur, §. *si quis agens.* 33. *inf. de actionib.*

TEXTUS.
De actione fidejussoris adversus reum.

6. *Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.*

NOTÆ.

6. *Mandati judicium*) *L.* 10. §. 11. *mand.* nempe si mandatum vel expresè vel tacitè intervenerit : alias negotiorum gestorum, veluti si pro absente fidejusit, *l.* 6. §. 2. *l.* 18. *l.* 20. §. 1. *d. t. l.* 6. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

Fidejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, mandati actionem cum eo habet, *l.* 20. §. *fidejussores.* 11. *mandat.* Sed enim hoc ita, si præcesserit mandatum, id est, si rogatus à reo sit, ut fidejuberet, *l. ex mandato.* 20. §. 1. *d. tit.* aut cùm reus præsens esset, passus sit pro se fidejuberi, vel mandari ab alio, ut sibi credatur. Nam & is, qui præsens hoc fieri patitur, mandare intelligitur, *l.* 6. §. 2. *l. qui patitur.* 18. *mandat. l.* 6. *C. eod.* Quod si verò pro reo absente quis fidejusserit, ei non potest competere actio mandati : sed si ut negotium gerens intercesserit, negotiorum gestorum dabitur, *d. l.* 6. §. 2. *d. l. ex mandato.* 20. §. 1. *eod.* Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet, *l.* 4. *hoc tit.* Quid si pro invito aut vetante donandive animo intervenerit? Placet, hoc casu ne utilem quidem actionem ei dari, *d. l.* 6. §. 2. *l. si pro te.* 40. *mandati.*

NOTÆ.
Si fidejussor Græcè accipiatur.

7. *Græcè etiam fidejussor ita accipitur*, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ. *Sed & dixerit*, θέλω, *sive* βούλομαι, *sed & φημὶ*, *pro eo erit, ac si dixerit*, λέγω.

COMMENTARIUS.

Etiam Græcè fidejussor accipi potest, postquam placuit, non minus Græca aliave qualibet lingua, quàm Latina stipulationem rectè fieri, §. 1. *sup. de verb. obl. l.* 1. §. *ult. eod.* Descriptus hic §. est ex *l.* 8. *pr. hoc tit.* ubi concinnius sic legitur : *Græcè fidejussor ita accipitur*, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω θέλω, *sive*, βούλομαι, *sed & si* φημὶ *dixerit, pro eo erit, ac si dixerit*, λέγω. Atque ita etiam hic locus restituendus videtur. Sanè τὸ λέγω præcessisse, arguit subsequens interpretatio, τοῦ φημί, per idem verbum λέγω.

TEXTUS.
Si scriptum sit, aliquem fidejussisse.

8. *In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.*

NOTÆ.

8. *Videri solemniter acta*) *L.* 30. *de verb. obl.* nempe partes præsentes fuisse, & stipulationem rite interpositam citra quam fidejussor non constituitur, *l.* 5. §. 3. *d. tit. l.* 12. *C. hoc tit.* fac. §. 11. *&* 16. *tit. præc.*

COMMENTARIUS.

Cum fidejussisse aliquem scriptum est, omnia rite acta creduntur, *l. sciendum.* 30. *de verb. obl.* nimirum ut pro instrumento præsumptio est, verum esse, quod in eo scriptum est, §. *item verborum.* 11. *sup. tit. præced.* ita etiam si de re aliqua, ad cujus substantiam certæ solemnitates jure requiruntur, scriptum sit eam intervenisse, etsi expressum non sit, solemnitates istas esse adhibitas ; tamen omnia solemniter acta esse intelliguntur : veluti si scriptum sit, promisisse aliquem, creditur is ad interrogationem præcedentem respondisse, §. *si scriptum.* 16. *tit. præc.* Eademque ratione si scriptum fuerit, fidejussisse aliquem, præsumitur id factum, adhibita à creditore præsente stipulatione; quoniam de essentia fidejussionis hoc est, ut stipulatio interveniat, *l.* 5. §. *satis.* 3. *de verb. obl. l.* 12. *C. hoc tit.*

TITULUS VIGESIMUS SECUNDUS.
DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.
C. Lib. 4. *Tit.* 30.

TEXTUS.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur : quæ nomina hodie non sunt in usu. Planè si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minimè numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit, ut & bo-

hodie, dum quæri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minimè extendatur.

Notæ.

Quæ nominibus fieri dicebatur) Nomen faciebat creditor, qui in tabulas suas accepti & expensi nomen illius, cui pecuniam debebat mutuam, præscribebat. Id fiebat præsente debitore, qui & ipse quoque in suas tabulas referebat, quod deberet: quæ tabulæ prolatæ in judicio fidem faciebant debiti. Cic. *pro Rosc. Comœd. cap.* 1. & 2. Salmaſ. *de usur. c.* 6. & *ad jus Attic. c.* 29.

Non sunt in usu) Nam posterior ætas syngraphis uti cœpit, id est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis. Hotom.

Post multum temporis.) Post quinquennium, hodie post biennium, ur infra.

Dum queri non potest) Vel conventus excipere de pecunia non numerata, *l.* 8. & 2. *seqq. l.* 24. *de non num. pec.*

Per constitutionem nostram) *D. l.* 14. *C. de non num. pec.*

Ut ultra biennii metas) Intra biennium autem tria remedia ad retractandam confessionem prodita: condictio cautionis sive chirographi, *l.* 7. *C. eod. l. ult. C. de cond. ex leg.* querela seu denunciatio aut protestatio de non facta numeratione, *l.* 8. *l.* 9. *de non num. pec.* quàm in scriptis fieri oportet, ut exceptionem perpetuam debitor consequatur, *d. l.* 14. §. *ult.* & *auth. seq.* exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *l.* 3. *l.* 5. *d. l.* 8. *d. l.* 14. *C. eod.* quæ præter natnram aliarum onus probandi rransfert in creditorem, *l.* 3. *l.* 10. *C. eod.* ubi ratio. Exacto autem biennio confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *d. l.* 8. *d. l.* 14.

Commentarius.

1 *Cautiones & confessiones debiti inutiles.*
2 *Quæ cautiones ad probationem tantùm valeant?*
3 *Cautionem pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, ante ne ad probationem quidem.*
4 *Remedia ad cautionem intra biennium retractanda: & cur excipiens de pecunia non numerata levetur probatione?*
5 *Rectè ne obligatio hic proposita dicatur litterarum, cùm veteres eam numeraverint inter eas, quæ re contrahuntur? & alia quædam.*
6 *Obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, obsolevisse: qualis illa? & alia quædam.*
7 *Confessum post biennium scriptura obligari, ut etiamsi postea probare velit, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur.*
8 *Quibus argumentis Bartholus & DD. vulgo adducti dissentiant?*
9 *Confirmatio prioris opinionis.*
10 *Confutantur argumenta in contrarium prolata.*
11 *A quo tempore biennium currere incipiat? & alia notabilia.*
12 *Usus circa hanc exceptionem hodiernus.*

Interdum litteræ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ species obligationis tertio loco posita est in divisione earum, quæ nascuntur ex contractu, §. *ult. de obl.* Litterarum obligatio est, cùm quis scripto alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, quam non accepit, nec intra biennium confessionem retractavit. Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis evolvemus. Exigimus, ut quis scripto confessus sit; remotis litteris huic obligationi non est locus: quippe quæ alioqui non rectè diceretur litterarum. Cæterum nihil refert, utrum quis chirographo confessus sit, an alio instrumento professionem debiti continente, etiamsi id à tabulario confectum sit. Gloss. *in l.* 3. *C. de non num. pecun.* Sichard. *ibid. num.* 8. Don. *num.* 12. cautio passim à nostris & præsertim in hoc argumento dicitur, *l.* 1. & 3. *seqq. l.* 8. *C. d. tit. l. emptor.* §. *ult. de pact.* Exigimus, ut scriptum mutuo consensu traditum sit creditori: nam sine conventione nulla ex contractu obligatio, *l.* 1. §. 3. *de pact.* Exigimus professionem debiti, non cujusvis, sed mutui accepti: quod ut facilius intelligi possit, sciendum est, non cujuslibet chirographi aut cautionis hanc vim esse, ut confitentem obliget; sunt enim quædam cautiones & confessiones debiti planè inutiles, quales sunt, quæ causam debendi non continenr, quas indiscretas vocant, cùm scilicet quis confessum est, se debere, nulla nominatim expressa causa, propter quam debeatur, *l. cum de indebito.* 25. *in fin. de prob. l. generaliter.* 13. *C. de non num. pec. C. si cautio.* 4. *x*. *de fid. instr.* vid. D. Andr. Gail. 2. *obs.* 13. Damhoud. *prax. civil. cap.* 175. *n.* 14. ubi notat in emptoriis inter mercatores ex consuetudine etiam ex obligatione non causata jus reddi solere, add. Groenevv.

 de

de ll. abrog. ad. l. 25. §. *ultim. de probat.* Cæteræ, quæ certam debendi causam continent, utiles quidem sunt, sed non omnium una est vis idemque effectus. Etenim harum quædam ad probationem tantùm & fidem rei gestæ valent, ad obligationem numquam: quædam vim habent obligationis, numquam probationis solius. Ad solam probationem valent confessiones debiti omnes, quæ non sunt de pecunia mutua. Placet hasce scripturas valere ad probationem; & merito placet, cùm nihil æquius sit, quàm unumquemque proprior testimonio acquiescere, confessumque stare suæ confessioni, *d. l. cum de indebito.* 25. *in fin. de probat. d. l. generaliter* 13. *C. de non num. pec. l.* 11. §. 1. *de interrogat. in jur. fac.* Sed enim probationem tantùm habent, obligationem numquam inducunt: argumento est, quod confessus ex chirographo suo conventus contra confessionem suam venire potest; placetque audiendum esse, si (quæ facultas nullis terminis definitur,) paratus sit ostendere, se falso confessum, inque eam rem proferat idonea instrumenta: nam testes in hac probationis specie visum est admitti non debere, propter metum falsi, *d. l. cùm de indebito.* 25. & *d. l. generaliter.* 13. Sola cautio & confessio pecuniæ creditæ & numeratæ obligationem inducit; contra verò ad probationem solam numquam valet, ut ex iis, quæ sequuntur, perspicuum fiet. Pecuniæ autem appellatione etiam cæteras res intelligimus; in quibus mutuum consistit, *l. in contractibus.* 14. *princ. C. de non num. pec.* Postremo exigimus, ut cautio emissa silentio biennii confirmata sit; non enim continuo, ut quis scripto confessus est se pecuniam mutuam accepisse, aut sibi numeratam esse, litteris obligatur: sed cautio intra biennium, ex quo emissa est, ne ad probationem quidem, nedum ad obligationem valet, *l.* 3. *l.* 10. *C. d. tit.* At si intra id tempus confessionem non retractaverit, jam in eam summam, quam confessus est, planè obligatur, *hoc text.* & passim, *d. tit. C. de non num. pec.* Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria confitenti sunt prodita. 1. condictio sine causa, aut ob causam dati, causa non secuta ad repetitionem chirographi, *l.* 7. *C. d. tit. l. ult. C. de cond. ex leg.* 2. querela seu denunciatio & protestatio de numeratione non facta: quæ denunciatio scripto facienda, ut exinde exceptionem perpetuam debito consequatur, *l.* 8. & *seq. l. in contractibus.* 14. §. *ult.* & *auth. seq. C. de non num. pec.* 3. exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *l.* 3. *l.* 5. *d. l.* 8. *C. eod.* quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in creditorem, *d. l.* 3. Ratio differentiæ significatur in *l.* 10. *C. eod.* quod facultate negandi reo concessa non debuerit ab eo exigi probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non potest, *l. actor.* 23. *C. de probat.* Ad quam rationem accedit præsumptio pro confitente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, scilicet cautionem expositam fuisse ante numerationem: cujusmodi præsumptio in cæteris causis cessat; quippe cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa plerumque traduntur ante factam numerationem, & spe numerationis futuræ, qua ne frustrentur, qui pecunia indigent, nihil non facere solent ad nutum creditoris. Rebuff. *ad constit. reg. de chirogr. & cedul. art.* 2. *num.* 18. Christin. *vol.* 3. *decis.* 37. *num.* 1. Adjuncta est exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali, *l.* 3. *C. de non num. pecun.* vel in factum detracta doli mentione, *l.* 9. *C. eod.* atque his remediis confessum uti posse etiam adversus instrumentum garentigiatum, censet Gomez. 2. *resol.* 6. *n.* 3. quamvis in contrarium proclivior sit Christin. *d. decis. n.* 13. Exacto verò biennio convertitur vis cautionis in contrarium, omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *hoc text. l.* 8. *l.* 14. *C. d. tit.* Hæc ergo obligatio rectè dicitur litterarum, seu ex litteris nasci, siquidem post biennium non amplius quæritur, an pecunia confessa numerata sit, nec ne: sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, sicut res judicata & jusjurandum, ut non tantùm probet, sed etiam obliget confitentem. Planè veteres nullam litterarum seu scripturæ, ut causæ alicujus obligationis, mentionem faciunt, ac ne iis quidem locis, ubi ex professo causas & genera obligationis recensent, *l.* 1. §. 3. *de pact. l.* 1. §. 1. *l. obligamur.* 52. *de oblig.* & *act. l.* 8. §. 1. *de fidejuss. l.* 1. *de novat.* sed opinior, eos hanc obligationem retulisse inter eas, quæ ex re nascuntur, propterea quod qui ex ea agit, pecuniam quasi creditam petit, & condicit tamquam ex mutuo, *l.* 5. *C. de non num. pecun.* & *hoc text.* Rectius autem ex litteris hæc obligatio esse dicitur: nam etsi in causa, nempe mutui accepti, & pecunia quasi credita petitur, tamen re nequit dici quis obligatus, nisi quatenus ei numeratum est, *l.* 2. §. 3. *l.* 11. §. 1. *de reb. cred.* ut proinde & quoniam nulla alia subest causa obligationis præter litteras seu scripturam emissam, rectè dicatur litteris obligatus: neque enim si sine scrip-

scriptura confessus esset, similiter obligaretur. Donell. *ad d. l. 8. num. 34. C. de non num. pec.* Gudelin. *lib. 2. de jure noviss. cap. 6.* Caveat autem quisque, ne temere inficietur chirographum suum aut numerationem confessam: nam mendacii convicto pœnam dupli & amissionis cæterarum defensionum novissima Justiniani constitutio imponit, *auth. contra qui C. d. tit.* Nititur hæc obligatio civili quadam æquitate, quæ boni publici finem, ac judiciorum expediendorum facilitatem maximè spectat: eademque fere ratione defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, *l. 1. de usuc. l. ult. pro suo, l. 1. l. 3. C. de annal. except.*

Quæ nominibus fieri dicebatur) Romæ olim moris fuit, ut unusquisque paterfam. tabulas domi haberet, in quibus quicquid per singulos dies vel acciperet vel expenderet, perscribebat, ut Cicero in ea *pro Cluent. cap. 14.* demonstrat. De harum tabularum fide censores quinto quoque anno cives ad jusjurandum adigebant, teste Dionys. Halicarn. *l. 4.* Atque hinc fidem in judiciis facere solebant, ut ex oratione pro Q. Roscio ostendit Hotomannus. Asconius autem Prædianus, *in Verrin. 3.* scribit, nomina in tabulis dici consuesse titulos seu articulos debitorum. Itaque nominibus obligatio contrahebatur, cùm in tabulis perscribebatur, aliquem alicui certam pecuniam debere: neque aliud erat nomina facere, quàm in tabulas referre, aliquid alicui deberi, quod tunc fiebat, cùm pecunia præsens non numerabatur. Atque hinc est, quod obligationes seu debita appellantur nomina. Referri autem solebat non tantùm in tabulas creditoris, verùm etiam in aliorum quorumdam; quæ tabulæ idcirco in judicium interdum afferebantur. Latius hæc explicat, & veterum testimoniis, præsertim Ciceronis, confirmat Hotomannus. Ego verò non puto hujusmodi scripturam valuisse absolutè ad obligationem, sed vim dumtaxat habuisse probationis. Illud ex iis, quæ diximus, intelligitur, non tantùm huc pertinuisse scripturam mensæ argentariæ, verùm etiam privatorum codicum accepti & expensi. Majorem lucem expectamus à D. Salmasio in libro, quem præ manibus habet, de usuris Justinianeis. Vinn. Ita quidem vulgo litterarum obligationem veteres explicant. Sed ita non quadrat descriptio Caji *Inst. lib. 2. t. 9. §. 12.* ubi *litteris obligatio fieri dicitur aut à re in personam, aut à persona in personam.* Inde enim adparet, hanc obligationem novationis speciem fuisse, & rectè eam definiri à Theophilo *h. t.* τὸ παλαιὸν εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμενον ῥήμασι, καὶ γράμμασι τυπικοῖς. *Veteris nominis in novum creditum per solemnia verba & solemnes litteras transformatio.* Nimirum, si quis mihi ex locatione vel alia caussa deberet centum, egoque mallem eum ex litteris obligatum habere, verba proferebat: CENTUM AUREOS, QUOS MIHI EX CAUSA LOCATIONIS DEBES, EXPENSOS TIBI TULI? simulque eadem inscribebat tabulis. Respondebat alter EXPENSOS MIHI TULISTI, eademque referebat in tabulas, addito proculdubio nomine. Eo facta prior obligatio exstinguebatur, & nova nascebatur, quæ ex litteris solis substantiam capiebat. Ita fiebat litterarum obligatio à re in personam. Unde facile intelligitur, quo pacto à persona in personam facta sit. Plura V. C. Ant. Schulting. *Jurispr. antejust. p. 163.* & nos in *Antiqu. Rom. h. t. §. 3. & 4.* Hein.

Hodie non sunt in usu) Ætate Justiniani nomina in usu non erant: quippe, translato Constantinopolim imperio consuetudo Græcorum recepta est, qui syngraphis utebantur, hoc est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis atque obsignatis. Posterior tamen ætas non συγγραφὰς sed συμβόλαια appellavit: Latini *instrumenta* & *cautiones*, voce generali ad chirographa quoque producta: qua de re consule doctiss. Salmas. *lib. de mod. usur. c. 10.*

7 *Dum queri non potest, scriptura obligetur*) Si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens omnino est, eum necessitate rei solvendæ jam adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quàm si solvat aut satisfaciat creditori, *inf. quib. mod. toll. obl. l. 6. §. 3. de pign. act.* Atque hoc etiam expressè rescriptum est in specie debiti proposita *l. 8. C. de non num. pec.* Quid ergo si debitor post biennium paratus sit probare, pecuniam sibi numeratam non esse, anne sic quidem audiendus erit? Accursius de quorumdam veterum sententia putat audiendum esse: quod & Bartolo & comm. DD. visum in *l. 3. & l. 14. C. d. tit.* Gomez. *2. resol. 6. n. 7.* Moz. *de contr. tit. de mutuo. n. 9.* Baroni, Schneid. Bachov. Corvin. *in enchir. hic.* D. Bronchorstio. *2. assert. 22.* Ant. Perez. *in d. tit. C. n. 14.* Moventur, quod exceptiones natura sua perpetuæ sunt, *l. 5. §. ult. de dol. mal. except.* & quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli mali, *l. 3. C. d. tit.* quæ cùm sine dubio per-

perpetua sit, *d. l.* §. *ult.* utique etiam post biennium competere debeat; etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Ad hæc non sunt admittendæ, ajunt, illicitæ exactiones, *l. 6. de off. præs.* Illicita verò & iniqua exactio est, si reus, probare volens, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur. Postremo non potest biennii lapsus debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit at biennium solummodo tribuit debitori immunitatem probationis, *l.* 10. *C. eod.* ergo nec lapsus biennii ei amplius adimere potest. Sed proculdubio verius est, debitorem nec probationem ultro offerentem post biennium audiri. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex litteris, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum, seu causam obligationis agnoscit, cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, quamtumvis ejus rei offerat probationem. Quod si probatio contra cautionem post biennium admitteretur, jam nec scriptura ad obligationem valeret, sed tantùm ad probationem, nec novum hoc esset obligationis genus, quod ex litteris nasceretur, sed ex re: denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ: qua parte etiam major vis est cæterarum cautionem, quàm pecuniæ creditæ; ex quibus tamen obligationem litterarum non nasci, inter omnes convenit. In summa, nulla esset revera litterarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide facienda, ut uni ante biennium incumberet probatio, post illud tempus alteri; & consequenter expungenda esset hæc obligatio è catalogo verarum obligationum; cùm verè debitor appellari non possit, qui exceptionem perpetuam habeat, *l. 66. l. 112. de reg. jur.* Loci juris in eamdem sententiam manifesti sunt. In *l. asseveratio.* 10. *C. de num. pec.* traditur, querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod ad immunitatem probationis minimè restringi potest. In *l. 8. C. eod.* scriptum est, eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodo debitum solvere compelli. Idem expressum est in *l. 14. pr. C. eod.* ubi verbis disertissimis cavetur, ut post biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: ergo ne tunc quidem, cùm reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit: quomodo & Græci hoc acceperunt. Harmenop. *lib. 2. tit. περὶ αναγρυρ. num. 4.* ὁ λέγων ὅτι οὐγέγονεν ἀριθμησις εἰ μὴ ἐντὸς διετίας ἢ ἐναχθῆ, ἢ διαμαρτυρηται περὶ τούτου, οὐδεμίαν ἔχει δικαιολογίαν. Hoc amplius in *d. l.* 14. §. 3. illud nominatim observari jubetur, ut ne liceat debitori, qui questus non est, post biennium creditori agenti offerre jusjurandum; cùm tamen alias recusatio jusjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur, *l. manifestæ.* 38. *de jurejur.* adeoque facilius admittenda sit jurisjurandi delatio, qua auctor testis & judex in sua causa constituatur, ut rem uno verbo transigere possit, quàm prolixæ & adversus invitum susceptæ probationes, *arg. l. 1. & l. 2. d. tit.* His accedit & textus in *l. ult. C. de cond. ex leg.* ubi nominatim cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam verò si cautio oblata probatione pecuniæ numeratæ post statutum tempus condici non potest, nulla ratio est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Postremo uno tantùm modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota scilicet intra biennium querela, facta protestatione, *d. l. 14. §. ult.* Argumenta, quæ in contrarium afferuntur, infirmiora sunt, quàm ut hanc sententiam convellere possint. Nam quod exceptiones dicuntur esse perpetuæ, id ad eas non pertinet, quæ etiam ultro à debitore per modum actionis proponi possunt. Exceptio verò doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrit, non est exceptio doli specialis, quæ adversus eum, à quo dolo decepti sumus, ut promitteremus, perpetua est; sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens illarum naturam & conditionem semper sequitur, *l. 2. §. & generaliter. 5. de dol. mal. exc.* Planè si debitor dolo se indictum dicat, aut vi coactum ut confiteretur, aut dicis tantùm causa numerationem intervenisse, cùm aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere, nemo est qui ambigat. Don. *ad. l. 8. C. de non num. pec.* Ant. Fab. *Cod. suo, eod. tit. defin. 2.* Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur: nec iniquum, si rationem civilem spectamus, eum, qui proprio chirographo se debere confessus est, post silentium totius biennii hanc quasi contempti beneficii juris pœnam luere, ut confessioni suæ litteris testatæ omnimodo stare, & confessam pecuniam solvere cogatur. Quod ad tertium contra-

trariæ opinionis argumentum responsum esto. Postremum in eos ipsos, qui illud afferunt, retorquebimus hoc modo. Quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit: at biennium debitori non solùm immunitatem tribuit probationis, sed maximè exceptionem non numeratæ pecuniæ, *l.* 3. *C. d. tit.* ergo lapsus biennii utrumque adimit: quod & expressum est in *d. l.* 8. *l.* 9. & *d. l.* 14. *C. eod.* Hanc nostram sententiam jam olim amplexus est Jo. Fab. *hic* aliique nonnulli citati à Fachin. 2. *controv.* 18. eaque nunc neotericis fere probatur. Duar. *ad d. tit. C. cap.* 4. Don. *ad l.* 8. *num.* 21. & *seqq.* Fachin. *d. loc.* Wesemb. *hic.* Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 6. Tulden. *in comment. hic. cap.* 3.

Cessante verborum obligatione) Si cautio intervenerit, & simul interposita sit stipulatio, non nascetur quidem obligatio ex litteris, sed ex stipulatu: cæterum eamdem vim & pro reo & contra eum habebit, quæ futura esset sine stipulatione, *l.* 9. *C. de non num. pecun.* §. 2. *inf. de except.*

11 *Ne ultra biennii metas*) Tempus, intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit: pro quo Justinianus substituit biennium continuum, quod currere incipiat à tempore emissæ cautionis: ita tamen, ut hæc præscriptio non currat minoribus 25. annis, & majores, qui per justam absentiam querelam movere non potuerint, adversus exceptionem amissam in integrum possint restitui, *d. l.* 14. *C. de non num. pec.* junct. *l.* 2. *C. in quib. ca. in int. rest. nec. non est. l.* 1. *in fin. ex quib. ca. maj.* In tempore proponendæ querelæ seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species exceptionis non numeratæ pecuniæ, diversum nonnihil statutum, *l. ult.* & *autb. seq. C. de dot. caut. non num.* Datur querela & exceptio seu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori, apocha confesso, pecuniam sibi solutam esse, quibuscumque ex causis soluta dicatur, sed tantùm intra tringinta dies, *d. l.* 14. §. 2. Exactoribus autem tributorum, vectigalium, aliarumque publicarum functionum contra apochas factæ à collatoribus solutionis prorsus non datur, *d. l.* 14. §. 1.

12 Moribus nunc fere receptum est, ut exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium tueatur debitorem sine probatione, & creditor, qui intendit numeratam esse, intentionem probare cogatur: post biennium verò audiatur adhuc debitor eadem exceptione utens; cæterum hac conditione, ut ipse exceptionem probet, secundum sententiam Accursii, Bartoli & aliorum, quos superiùs allegavimus. Ant. Fab. *Cod. suo, de non num. defin.* 1. Christin. *vol.* 3. *decis.* 37. Zang. *de exc. p.* 3. *c.* 12. *n.* 24. Grot. 3. *manuduct. c.* 5. In Gallia receptum, ut debitor post biennium etiam jusjurandum creditori deferre possit. Autumn. & Mornac. *in d. l.* 14. *C. de non num. pec.* Secundum quod & Curiam Hollandiæ aliquando judicasse refert Groenevv. *de ll. abrog. ad rubr. C. d. tit.* Eadem conditione auditur & creditor post triginta dies adversus apocham seu professionem pecuniæ solutæ, Ant. Fab. *d. tit. defin. ult.* Apud Gallos, quæ conditio est cæterarum cautionum, ut scilicet statim fidem faciant, transferantque onus contrariæ probationis in eum, qui cautionem exposuit, eadem est & cautionis pecuniæ creditæ; testibus Imbert. 1. *inst. forens.* 35. Rebuff. *ad const. reg. de chirogr.* & *cedul. recogn. ort.* 2. *num.* 28. & 68. Idem de universo Belgio testatur Gudelin. 3. *de jur. noviss. cap.* 6. *in fin.* sed proculdubio errat. Apud nos sanè idem quod in Gallia observatur: sed in nonnullis aliis harum regionum provinciis beneficium exceptionis, quod intra biennium ex causa mutui confessi jure communi competit, adhuc in usu esse, vel illud argumento est, quod huic beneficio, & exceptioni non numeratæ pecuniæ plerumque in instrumentis & cautionibus pecuniæ creditæ renunciari solet: quam renunciationem hunc effectum habere volunt, ut creditor necessitate probandæ numerationis in totum exoneretur, non ut non possit adhuc objici exceptio, sed ut objecta etiam intra biennium sit sine privilegio: ita post Glossam in *l.* 3. *C. de non num. pec.* D. Joan à Sande, *lib.* 3. *rer. judic. tit.* 2. *defin.* 1. D. Decker. *lib.* 1. *dissert.* 6. *n.* 4. qui etiam refert, Curiam Brabantiæ judicasse, locum non esse exceptioni pecuniæ non numeratæ contra instrumentum publicum, neque etiam inter mercatores, inter quos summa vigere debet æquitas: licet quoad hoc dissentiat Stracha *de mercat. tit. quomod. in caus. merc. proced. num.* 9. Farin. *contr. jur. lib.* 2. *cap.* 85. quorum sententia de jure verior videtur Christinæo *d. vol.* 3. *decis.* 37. *num.* 16. quamvis contraria obtineat, Groenevv. *d. loc.* & *ibi cit.* Notetur obiter D. Grotii ἁμάρτημα μνημονικὸν *d. lib.* 3. *cap.* 5. Merul. *l.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 3. Illud hic monere non est extra propositum, ne diu frustrentur creditores, apud nos & in Gallia usu fori receptum esse, ut debitoris initio litis cautiones suas vel agnoscere, vel negare cogantur; agnoscentes ut mox solvant & pecuniam consignent, (quod *namptisare* & *namptissement* vulgo

go, appellant) recepturi postea, si nihil deberi constiterit; negantes, si mendacii convincantur, pœnam dupli subeant, juxta *auth. contra qui. C. de non num. pecun.* aut pœnam arbitrariam expectent, quod nunc magis in judiciis observari notat Rebuff. *ad proœm. constit. reg. gloss. 5. num. 6.* & post eum Christin. *d. decis. 37. num. 12.* & conservandi juris fiscalis gratia traditur obligatio sive cautio procuratori generali, Merul. *d. loc.* Vide circa hanc materiam Imbert. *lib. 1. instit. forens. cap. 35. & seq.* Rebuff. *ad const. reg. de chirogr. & cedul. recogn. in præfat. num. 44. & seqq.* & DD. in *auth.* modo citata.

TITULUS VIGESIMUS TERTIUS.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

Continuatio.

Sequitur postrema obligationum ex contractu species, obligatio ex consensu: quippe quæ ex quatuor propositis adhuc superest. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut litteris contrahuntur, in se consensum, utpote qui communis est omnium contractuum spiritus, *l. 1. §. 3. de pact.* sed hoc amplius requirunt ad perfectionem contractus, & obligationis substantiam, ut res, aut verba, aut litteræ cum consensu concurrant: obligationes autem, de quibus deinceps dicturi sumus, ex consensu esse ideo dicuntur, quia consensu solo perficiunt & constant, nihilque desiderant præter mutuam contrahentium voluntatem. Solo consensu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum: quæ singula singulis titulis explicabuntur. Vinn. Quibus quatuor speciebus hodie quinta accedit, Emphyteuticus contractus, qui quum olim inter emptionem venditionem, & locationem conductionem fluctuaret, singularis contractus naturam sortitus est à Zenone Imp. *l. 1. C. de jur. emph.*

Textus.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est; ac nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire: unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, cùm alioqui in verborum obligationibus alius stipulatur, alius promittat.

Commentarius.

1 *Quibus modis consensus declaretur?*
2 *Obligationum ex consensu pinguiorem esse naturam quàm obligationis verborum.*

Neque scriptura) Hoc dicit ad differentiam obligationis litterarum, ad quam constituendam scriptura requiritur. Cæterum nec obligationes, quæ re aut verbis contrahuntur, magis scripturam desiderant, quàm eæ, quæ consensu. Quod verò in his etiam scriptura sæpe adhibetur, ideo fit, ut facilius probari possit quod actum est: non quod ad substantiam contractus, obligationisve constitutionem scriptura pertineat, *l. 4. de fid. inst. l. 4. de ping.* Totus hic locus ad verbum descriptus est ex Cajo, *l. 2. de obl. & act.*

Neque præsentia) Ut in conficienda stipulatione: nam quæ obligationes rè aut litteris contrahuntur, similiter partium præsentiam non desiderant.

Ac ne dari quicquam necesse est) Ut in mutuo, commodato, cæterisque contractibus, in quibus res tradita demum initium obligationis præbet.

Sed sufficit, &c. consentire) Declaratur consensus aut certis indiciis, aut ex re factove aliquo colligitur. Indicia sunt, veluti verba, litteræ, *l. 2. de pact. l. 4. pro soc.* item nutus: nam & nutu conveniri posse, argumento est, quod fideicommissa nutu relinqui possunt, quamvis non relinquatur nisi ex voluntate, *l. nutu. 21. de legat.* 3. Facta intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus, præcedens conventio non potest videri non placere. Exemplum hoc esto: vendidit aliquis prædium meum me presente, nec tamen apertè consentiente: si pretium ex ea causa accepero, videbor ipse vendidisse, *l. 12. de evict.* Similia

lia exempla habemus in *l. 6. §. 2. l. qui patitur. 18. mandat.*

Unde inter absentes quoque) Quoniam ad constituendam obligationem ex consensu præter conventionem & nudum contrahentium consensum nihil requiritur; ex eo colligit Justinianus cum Cajo *d. l. 2. de obl. & act.* hujusmodi negotia & obligationes etiam inter absentes contrahi posse, puta per epistolam aut nuntium. Et verò hoc intelligendum de nuda & simplici epistola nuntioque solo: alioqui & re contrahi obligatio per nuntium potest, veluti mutui, commodati, missa per eum pecunia, aut re. Similis collectio est in *l. 1. pr. mandat. l. 1. §. ult. de contr. empt.*

2 *Alter alteri obligatur in id, quod ex bono & æquo*) His verbis indicatur alia proprietas contractuum, qui solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorem & pinguiorem, quàm ea est, quæ nascitur ex stipulatu; nimirum quod in istis contractibus alter alteri obligetur, non in id modo, de quo convenit, aut dictum est, sed etiam in id omne, quod ex fide bona seu bono & æquo alterum alteri præstare oportet, quamvis de eo nihil cautum sit; cùm ex stipulatione obligatio eatenus tantùm nascatur, quatenus lingua nuncupatum est, *l. quicquid. 99. de verb. oblig.* Non est vero hoc contractuum, qui consensu fiunt, proprium quarto modo, sed ad cætera quoque judicia fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantùm valere officium judicis ex bono & æquo, quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio, *l. 7. de neg. gest. l. Lucius. 24. depos. §. in bona. 30. infr. de action.* quamquam hoc loco & apud Cajum *dict. lib. 2. de obl. & act.* videri potest per excellentiam quamdam hæc qualitas solis tribui contractibus, qui consensu perficiuntur, eademque ratione his opponi stipulatio. De natura & differentiis judiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo infra *sub §. actionum. 28. de action.*

TITULUS VIGESIMUS QUARTUS.

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

Dig. Lib. 18. & 19. *Tit.* 1. *C. Lib.* 4. *Tit.* 38. & 40.

1 *Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.*
2 *Emptionis definitio, cum explicatione singularum partium.*
3 *Summa hujus tituli.*

1 Explicaturus ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie hujus generis contractuum nobilissima, & ad vitæ communis usum maximè necessaria, teste Paulo *l. 1. hoc tit.* ubi scripsit, originem emendi vendendique à permutationibus cœpisse: significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægrè succurritur, causam esse, quod nummus inventus, & emptio introducta sit: quod etiam docet Arist. 5. *Ethic.* 5. ubi nummum ait hominum instituto factum esse ὑπάλλαγμα τῆς χρείας succedaneum & οἷον ἐγγυητὴν; quasi sponsorem futuræ indigentiæ. Emptio & venditio est contractus, quod id agitur, ut pro certa pecu-
2 nia uni danda alter rem accipiat. Appellatur hic contractus emptio & venditio, quia duobus hisce factis seu partibus constat, emptione & venditione, quæ juncta unum contractum constituunt. Factum ejus à quo pecunia est, emptio dicitur, ille emptor: ejus, à quo res proficiscitur, venditio, ille venditor. Notandum autem est, sic has partes esse unius contractus, ut tamen partes sint inter se distinctæ ac separatæ, ut una non possit esse altera; aliudque semper sit emere, aliud vendere, aliud emptor, aliud venditor, *l. 1. in fin. hoc tit. l. 1. pr. de rer. permut.* Nam quod dicitur in *veteres. 19. & seq. de act. empt.* veteres in emptione & venditione, sicut in locatione & conductione, his appellationibus promiscuè usos esse, id non hoc significat, usos esse una pro altera, ut male meo judicio D. Vultejus; sed usos una, pura vel sola appellatione emptionis, vel sola venditionis, ad utrumque intelligendum, indicandumque totum contractum, ut passim in hoc argumento fieri videmus: scilicet quia unum sine altero nec esse; nec intelligi potest, ut est natura relatorum. Connan. 7. *comm.* 6. Donell. *ad rubr. C. hoc tit. n.* 4. Non expressi in definitione, quod plerique faciunt, emptionem esse contractum mutuæ præstationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatim, consensu constantem; quoniam ex verbis definitionis satis intelligitur,

præter consensum ad perficiendam emptionem nihil desiderari: cætera verò insunt generi, nullus enim contractus est, ex iis, qui consensu fiunt, qui non fit συνάλλαγμα, bonæ fidei, iuris gen tium, nominatus: nam conventio de pignore, pactum donationis, constitutum, huc non pertinent, quia non sunt contractus. De cæteris hujus generis contractibus idem judicium esto. Res quæ traditur, in hoc contractu dicitur merx: pecunia, quæ pro re datur, pretium, *d. l. 1. §. 1. sub. fin. hoc tit.* igitur circa hæc duo consensu in emptione versatur, circa pretium & mercem: illud ut venditori detur, hæc ut tradatur emptori:ex quibus substantia emptionis æstimanda & definienda fuit. Justinianus hoc titulo explicat, quomodo contractus emptionis & venditionis perficiatur tum sine scriptura, tum etiam, cùm convenit, ut per scripturam fieret: inde de materia, forma, fine & effectu disputat, quamquam nonnihil confusè. Postremo de rebus, quarum venditio non consistit.

Textus.

De emptione pura. De pretii conventione, arrhis, & scriptura.

Emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit: nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impune recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsecuto, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est: is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit: verò venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

Notæ.

Simul atque de pretio convenerit) *L. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm.* nisi aut conditionalis sit emptio, *l. 7. hoc tit. l. 8. de per. & com. rei vend.* aut in scriptis fieri placuerit, ut infra.

Nisi & instrumenta emptionis, &c.) Si privata sit scriptura, sufficit, instrumentum propria contrahentium manu perscriptum esse, aut si scriptum ab alio, manu eorum confirmatum: sin publica, non aliter instrumentum completum intelligitur, quàm si à tabellione exceptum, partibus prælectum atque ab ipsis approbatum fuerit, *d. l. 17.*

Qui recusat adimplere contractum) Hoc est, qui recusat emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ, *d. l. 17. d. vers.* Cùm enim contractus perfectus est, & semel constituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere potest, *l. 5. C. de oblig. & act. l. 3. C. de resc. vend. l. 1. & 2. C. quand. lib. ab empt. disc.*

Commentarius.

1 *Quando emptio contracta intelligatur, & quid intersit inter perfectionem contractus & consummationem?*
2 *Re certa vendita, diversam esse emptoris & venditoris præstationem, genere vendito, non item.*
3 *Esse qui negent, venditorem licet facultatem tradendi habeat, præcisè teneri rem tradere, sed præstando id, quod interest, defungi.*
4 *Præcipua hujus sententiæ firmamenta.*
5 *Verius esse, venditorem prædicto casu præcisè teneri tradere.*
6 *Hujus sententiæ potissima fundamenta.*
7 *Respondetur ad argumenta pro contraria opinione adducta.*
8 *Arrham dari vel ut symbolum, vel ut cedat in partem pretii: & effecta utriusque.*
9 *Quando res in hoc contractu definat esse integra? & duplex DD. error notatur.*
10 *Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat?*
11 *Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur?*
12 *A contractu perfecto sine communi consensu recedi non posse licet arrhæ intervenerint.*
13 *Accurata contrariæ opinionis confutatio.*

Ut primum de re & pretio convenit, emptio perfecta intelligitur, quamvis nec res tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data sit, *l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 8. de peric. & comm. rei vend. & hoc text.* Itaque in contractibus, qui consensu perficiuntur, distinguenda perfectio contractus

ctus à consummatione sive implemento. Emptionem & venditionem perficit solus consensus de re & pretio: consummat rei traditio & pretii numeratio; qui extremus est contrahentium finis. Simul atque autem emptio perfecta est, nascitur utrinque obligatio, teneturque emptor actione ex vendito, ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promisit, solvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori, *tit. π. & C. D. act. empt.* Est verò præstatio hæc emptoris & venditoris nonnihil diversa. Emptor enim nummos, quos pretii nomine præstat, venditoris facere cogitur: venditor verò tantùm vacuam rei possessionem tradere: quæ res, si venditor dominus fuit, facit & emptorem dominum: si non fuit, evictionis tantùm nomine venditorem obligat: neque enim cogitur venditor dominium rei in emptorem transferre, sed satisfacit obligationi, si præstet, habere licere, *l. 11. §. 2. l. servus. 30. §. 1. de act. empt. l. si ita. 25. §. 1. hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Hoc ideo tam variè, ut credibile est, ne usus hujus contractus impediatur. Nam etsi venditor non præcisè obligatur ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum, tantumdem tamen consequitur emptor tradita rei vacuæ possessione, & evictione, re evicta præstita. At verò pretii, quod in pecunia numerata constitit, nullus est usus, nisi accipientis fiat. Adde, quod pretium non specie, sed in genere constituitur: generis autem debitores constat non liberari: nisi rem ex eo genere perfectè faciant accipientis, *l. si à subsstituto. 45. §. 1. de legat. 1. l. qui concubinam. 29. §. pen. de legat. 3. l. hæres. 58. de evict.* Quam ob causam & in venditore generis idem probandum crediderim, puta si quis in genere vendidit bovem aut equum cum Bartolo in *l. 1. si cert. pet. num. 7.* Illum non satis expeditum est, utrum venditor, si potestatem tradendi habeat, rem præcisè tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus, quod emptoris interest, defungi possit. Joannes Bulgarus, Azo, Hugolinus, (teste Saliceto in *l. 4. C. de act. empt.*) censuerunt, venditorem etiam cum, cùm facultatem tradendi habet, non posse præcisè compelli, ut tradat, sed solvendo interesse liberari. Consentiunt Alciat. *ad. l. un. C. de sent. quæ eo quod inter.* Duar. *de in lit. jur. n. 22.* Don. *ad d. l. 4. C. de act. empt.* Fachin. 2. *contr.* 30. Gœdd. *de contr. stip. cap. 9. num. 65. & seqq.* Atque eo quoque inclinant Covar. 2. *var. resol. cap. 19. n. 1.* Bachov. *in Treutl. vol. 1. disp. 28. thes. 2.* Gudelin. 3. *de jur. nov. c. 7.* Christin. *vol. 3. decis. 54. num. 6. & decis. 61. n. item decis. 75. n. 5.* ubi refert, etiam magnum Senatum Melchiniensem secundum hanc sententiam sæpe pronuntiasse. Firmamenta hujus sententiæ præcipua hæc sunt. 1. In obligationibus faciendi ita in universum jus est, ut debitor liberetur, solvendo id, quod interest, *l. si quis. 13. §. ult. de re jud. l. stipulationes. 72. pr. ver. Celsus. de verb. obl.* at talis est obligatio, qua tenetur venditor, *arg. l. si rem. 28. d. l. stipulationes. 72. eod. tit.* 2. Non uno in loco traditum legimus, si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agi, venditorem non tradentem, quanti intersit, condemnari, *l. 1. l. 11. §. idem ait. 9. l. 12 de act. empt. l. 10. quib. mod pign. solv.* 3. Hoc amplius disertè scriptum est in *l. 4. C. de act. empt.* etiam tum venditorem, quanti emptoris interest, condemnandum, cùm procacia ejus sit, quominus res tradatur. Atqui nulla procacia, nulla contumacia in eo est, qui facultatem tradendi non habet. 4. Non obscurè electio venditori tribuitur, utrum contractum perficere, hoc est, venditionem implere, & rem tradere velit, an emptori, quod interest, persolvere, *l. contractus. 17. C. de fid. infr.* Cæterum contraria opinio tantùm non ubique in praxi recepta est, pluresque habet auctores, quibus & meum calculum addo, nimirum, venditorem, cui potestas tradendi sit, teneri actione & ex empto, ut rem ipsam tradat, nec solvendo emptori id, quod, ejus interest, obligationi satisfacere. Cyn. & Bart. in *d. l. stipulationes 72. de verb. obl.* item Bart. & Castr. ad *d. l. 1. de act. empt.* Bald. in *d. l. contractus. 17. C. de fin. instr. num. 14.* Salic. in *d. l. 4. C. de act. empt.* Alex. Dec. Jas. ad *l. 9. si cert. pet.* ex modernis Gomez. 2. *resol. 10. n. 22.* Oldend. *class. 4. act. 1.* Mox. *col. 4. de natur. empt. n. 26. & seqq.* Ant. Fab. 6. *conject.* 17. qui tamen, ut est inconstans, in alteram partem transit *decis. 85. error. 4.* sed in *Cod. suo tit. de pact. defin. 11.* refert, Senatum Sabaudiæ secundum hanc posteriorem sententiam judicasse. Ita quoque decidunt Rot. Genuens. *decid. 214.* Soar. *in thesib. recept. sent. lit. V. venditor, si facultatem.* Pinell. *in l. 1. C. de bon. matern. part. 3. num. 25.* Fundamenta hujus sententiæ potissima sunt 1. rei æquitas, cui minimè convenire videtur, ut emptor præcisè teneatur pretium solvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere, ut emptor rei periculum sustineat, rem tamen consequi non possit: denique ut propter fraudem venditoris, fidem conventionis adimplere, cùm potest, recusantis, emptor probationi diffi-

cillimæ ejus, quod intereſt, quod & ad exiguam ſummam plerumque deducitur, *l. ult. de ſtip. præt.* adſtringatur. 2. Quod reſponſum eſt, tum non poſſe agi, ut venditor rem tradat, cùm, quod multis modis accidere poteſt, tradendi facultatem non habet, *l. ſi eum fundum.* 68. §. 1. *hoc tit.* Hinc enim à contrario rectè colligitur, cùm eam facultatem habet, agi poſſe, ut tradat. 3. Reſcriptum impp. in *l. 6. C. de reſc. vend.* Unde ſic rectè infertur: Si emptor duplo pretii oblato ab emptore recedere non cogitur; igitur nec oblata præſtatione ejus, quod intereſt, utpote cujus æſtimatio in venditionibus duplum excedere non poteſt, *l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* 4. Probatur hæc ſententia omnibus iis juris locis, in quibus traditur, venditorem oportere in primis ipſam rem præſtare, obligatum eſſe, ut præſtet, rem habere licere: quod abſque traditione poſſeſsionis fieri non poteſt, *leg. 2. leg. 3. leg. 11. §. 2. leg. ſervus. 30. in fin. de act. empt. leg. Labeo. 45. in fin. hoc tit. leg. 8. de evictìon.* 5. Adhuc apertius *l. bona fides. 50. & l. ſi quis. 46. de act. empt.* quarum in altera ſcriptum eſt, venditorem compelli rem tradere; in altera, cogi venditionem implere. Aliud autem eſt implere contractum, aliud, id, quod intereſt, præſtare, *l. contractus. 17. C. de fid. inſtr.* 6. Apertiſsimè loco Pauli, 1. *ſent.* 13. ubi ſic ſcribit: *Si id, quod emptum eſt, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi poteſt, ut tradat, aut mancipet.* 7. Idem confirmat textus in §. 1. *hoc tit.* ubi Juſtinianus expreſsè ait, *emptione perfecta & pretium omnimodo ſolvendum & rem tradendam eſſe.* Item alter in §. 2. *ſup. de donat.* ubi eamdem traditionis neceſsitatem, quæ incumbit venditori, ad hujus exemplum donatori quoque imponit, ut fatendum ſit, aut ei, qui donavit, neceſsitatem traditionis non incumbere, aut ſi fatemur incumbere, fateamur & incumbere ei, qui vendidit. 8. Poſtremo non poſſet venditor, ſi jure publico ei conceſſum eſſet, rem venditam, quam tradere poteſt, non tradere, modo pati velit ſe condemnari in id, quod emptoris intereſt, non tradens aut facultatem tradendi ſibi adimens, dici frangere, rumpere contractus fidem, ut in *l. 6. C. de her. vend. l. 10. C. de act. empt.* Ad argumenta diſſentientium non

7 quæram operoſas reſponſiones. Fefellit eos primum, quod putaverunt, omnes obligationes faciendi eſſe ejuſdem naturæ, factaque nuda & ſimplicia, ſeu quæ in meris faciendi finibus conſiſtunt, qualia ſunt, exempli gratia, Romam ire, tabulam pingere, inſulam fieri, foſſam fodere, ſimilia eſſe iis, quæ in rei alicujus præſtatione & juris poſſeſsionisve tranſlatione conſiſtunt, quale eſt ejus, qui tenetur ex cauſa venditionis rem tradere: inter quæ multum intereſſe alii rectè docent, *arg. l. in conventionalibus. 52. §. 1. de verb. obl. l. qui res. 98. §. mihi. 6. de ſolut.* Nam prioris generis facta ſunt ejuſmodi quæ ut quis faciat cogi non poſsit ſine vi & impreſsione: & ideo, ne homini libero vis fiat, placet, in his debitorem non præcisè ad faciendum, quod promiſit, obligari, immo factum hactenus tantùm eſſe in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti numquam poſsit, ſed id ſolùm, quod intereſt: neque id ſtatim, ſed tum demum, cùm tranſierit tempus, intra quod fieri potuit quod promiſſum eſt, ut hic poſt moram, quaſi per ſpeciem quamdam novationis, in locum prioris obligationis ſuccedat obligatio in id, quod intereſt, cujus jam præſtandi neceſsitatem debitor evitare, & faciendo ſe liberare non poteſt, niſi ante litem conteſtatam, *l. 14. l. ſtipulationes. 72. l. ſi inſulam. 84. l. ſervum. 94. §. 3. de verb. obl.* At cùm res aliqua tradenda eſt, non tam illud agitur, ut tradentis factum aliquod interveniat, quàm ut in eum, cui res tradi debet, poſſeſsio transferatur; quod ſi facto ejus ipſius, qui ad tradendum obligatus eſt, non judicis auctoritate poterit poſſeſsio avocari, atque in eum, cui res tradi debuerat, transferri, per *l. qui reſtituere. 63. de rei vind.* Diſſimilitudo clarius apparebit ex paucis, quæ ſubjicimus. Obligationes, in quibus nudi facti præſtatio verſatur incertæ ſunt, *l. ubi autem. 75. §. qui id. 7. de verb. obl.* utpote in quibus id dumtaxat, quod intereſt, (quod vel ex ipſa pronunciatione apparet incertum eſſe,) ita venit, ut cum effectu peti poſsit, uti paulo ante demonſtratum. Obligatio autem venditoris certa eſt, quia non continet nudum factum, ſed cauſam bonorum, *l. 52. §. 1. d. tit.* id eſt, certæ rei præſtationem cum tranſlatione dominii aut juris uſucapiendi, *l. 80. §. 3. hoc tit. l. 3. l. 11. §. 2. l. ſervus. 30. §. 1. de act. empt.* Ponamus ergo, rem aliquam mihi purè venditam eſſe: hic dubium non eſt, quin eam ipſam rem, quam emi, petere à venditore poſsim, & vel confeſtim, vel etiamnum poſt moram: ex quo porro efficitur, etiam judicem in eamdem rem venditorem victum condemnare debere, non in æſtimationem ut ſententia ſit conformis libello, juxta *l. ult. C. de fideic. libert.* At ex mera faciendi obligatione nec ſtatim agi poteſt: neque ad facti præſtationem, licet poſt moram, ſed in

id

id solùm, quod interest, quamvis promissor faciendo ante litem contestatam liberetur, *l. si insulam.* 84. *de verb. obl.* Quamobrem non minus verè, quàm eleganter mihi scribere videtur Fayius *in supplem. ad Connan. l. 7. cap. ult.* si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus prestatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quàm facto hadendum esse, *arg. l. in conventionalibus.* 52. §. 1. junct. *l. ubi.* 75. §. *ult. de verb. obl.* uti ex contrario datio ad factum ordinata pro facto magis habenda, veluti si ancilla procuratori in rem suam constituto manumittenda detur. Non obstant textus in *l. 72. pr. l. 57. §. 7. de verb. obl.* ubi fundum tradere cum aliis iisque puris factis conjungitur. Nam ex eo, quod facta omnia in eo conveniunt, quod per se divisionem non recipiant, aut quod per se nudè considerata incerta sint, non rectè intuleris absolutam convenientiam. Deinde & causa consideranda: potest enim & qui commodato aut precario rogat, rem sibi tradi stipulari, & à quovis possessore. Denique & restituere factum est, & tradere ex causa donationis, dotis, permutationis, &c. Secundo in eo decepti sunt contrariæ sententiæ auctores, quod existimaverunt, obligationem, qua tenetur venditor, esse alternativam, in qua constat, electionem esse debitoris, *arg. l. contractus.* 17. *C. de fid. instr.* Nam obligatio venditori non est alternativa à principio, sed successiva, ut scilicet teneatur in id, quod emptoris interest, si contractu implere, id est, rem tradere nequeat. Nam profecto si alternativa esset, & consequenter venditoris in ea electio, non peccaret, non frangeret fidem venditor, facultatem tradendi sibi adimens eamdem rem alteri vendendo. Cur igitur qui hoc facit, crimen falsi committere dicitur? *l. qui duobus.* 21. *ad leg. Corn. de fals.* aut certè stellionatus, si non dixerit mercem liberam esse? *l. 3. §. 1. stellionat.* Planè si dolo aut frustratione venditoris fiat, quominus ut tradatur, potest emptor ultro omissa petitione rei agere, ut consequatur quod sua interest, taxandum non jurejurando actoris in litem, sed arbitratu judicis. Quo pertinet species, *l. 4. C. de act. emp.* & in hanc quoque sententiam tandem concessit Bachov. *not. in paratit.* Wesemb. *tit. de act. empt.* Vinn. Quæ hìc prolixè admodum disputat Vinnius, maximam partem vera, sed supervacua sunt. Contraria enim sententia nititur præjudicata opinione, eum, qui factum nudum promittit; liberari, præstando id, quod interest, quum tamen *l. 72. de V. O. l. 13. §. ult. de re jud. l. 71. §. 2. ff. de cond. & d. m. l. 2. ff. de lib. hom. exhib.* non dicant, promittentis in arbitrio esse, factumne an id, quod interest, præstare malit, sed stipulantem optionem habere, factum exigere, an id quod interest, petere malit. Vid. Cujac. *ad l. 72. ff. de V. O.* Coras. *Miscell. l. 11. cap. 3.* Huber. *Prælect. ad inst. h. t.* §. 5. & quem honoris caussa nomino, celeberrimus Thomasius *Diss. sing. an, qui factum promisit, liberetur præstando id quod interest.* Hein.

Argumentum est emptionis contractæ) Sepæ arrhæ nomine aliquid dari ab emptore solet: sed quod ita datur, datur firmandi contractus gratia, & quo facilius probari possit, convenisse de pretio, non quod sine artharum interventu emptio non perficiatur, *l. quod sæpe.* 35. *pr. hoc tit.* Datur autem arrha, vel simpliciter, ut sit argumentum dumtaxat & probatio emptionis contractæ, veluti si annulus detur, vel ut simul postea cedat in partem pretii data certa pecunia, *l. 11. §. is qui vina. 6. de act. empt. l. ult. de leg. commiss.* Cùm arrha tantùm ut symbolum data est, impleta emptione, id est, re tradita & pretio numerato, restituenda est emptori, utilisque in eam rem est actio ex empto, aut condictio sine causa, *d. l. 11. §. 6. de act. empt.* cùm in certa pecunia, cedit in defalcationem pretii, nihilque repetitur; sed reliqua pecunia re tradita exsolvenda est, *d. l. ult. de leg. commiss.* Utroque autem casu hoc evenit, ut si postea placuerit emptionem esse irritam, id, quod arrharum nomine datum est, emptor repetere possit, vel actione ex empto, vel etiam condictione sine causa, *d. l. 11. §. 6. de act. empt.* junct. *l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc.* Et cùm ergo utroque casu, etiam arrhis intervenientibus solo communi consensu ab emptione recedi possit, apparet, donatione arrharum neutrubi rem desinere esse integram; constanter enim traditum est, solo consensu, licet mutuo ab emptione & similibus contractibus recedi non posse, nisi adhuc res sit integra, *l. ab emptione.* 58. *de pact. l. 1. & l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. §. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* Quando igitur res integra esse desinit, ut solo consensu ab emptione recedi nequeat? Nimirum cum aliquid præstitutum est eorum, quæ ex natura contractus præstari debent, ut expressum est in *d. l. 58. de pact.* puta si vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretium aut partem pretii, *d. l. 1. & l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. & d. §. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* Ex quibus apparet, DD. vulvo duplici in

8

9

in errore versari: primum quod existimant, quando arrhæ dantur in nummis, qui postea in pretium imputentur, rem non amplius æstimari integram: deinde quod arrha data in argumentum contractus, res sic integra maneat, ut vel uni liceat invito altero ab emptione discedere, emptori cum amissione arrharum, venditori cum duplicatarum restitutione. Quod perquam absurdum est, atque in certissima juris principia impingit. Sed de eo paulo post diligentius.

In iis autem, quæ scriptura conficiuntur) Potest contractus emptionis ex voluntate & convenrione partium aliam naturam adsciscere, quàm est ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis scripturam intervenire necesse sit, cùm absque rali conventione foret, ut nudo & simplici consensu, aut alias sine scriptura, perficeretur: nam non in emptione solùm, sed etiam in aliis causis id usu venit, ut in permutatione, transactione, donatione, quæ non excedit 500. solidos, &c. 10 *l. contractus.* 17. *C. de fid. instr.* Quando autem id inter contrahentes actum intelligatur, diligenter observandum est. Etenim in scriptis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto scripta confecta est, (quippe solent plerumque scripturæ confici, non ut robur & substantiam ex iis contractus accipiat, sed facilioris probationis gratia, & ad futuram rei memoriam,) verùm tunc demum, cùm id actum est, ut non aliter contractus valeat, quàm si in scripturam redigatur. Id verò actum intelligitur, ut rectè Placentinus & Azo, non tantùm cùm nominatim & expressè convenit, ut non valeret contractus, nisi in scripturam redactus esset: verùm etiam si simpliciter convenerit, ut in scriptis contraheretur, vel, quod idem valet, si ab initio placuerit, contractum in scriptis fieri: nam & hìc non obscurè id agitur, ut contractus non nisi scriptus valeat, neque ad hoc expressiorem conventionem requirit Justinianus in *d. l. contractus.* 17. Consentit Gloss. *hic.* Castr. *in d. l. contractus.* 17. Sichard. *ibid. n.* 3. Qua etiam ratione si partes aut in ipso actu contrahendi, aut paulo ante contractum petierint, ut calamus afferretur, ut accresceretur notarius contrahendi & conficiendi instrumenri gratia, rem in scriptis geri, & sine scriptura nihil actum voluisse censeri debent. Quæ sententia etiam rebus judicatis confirmata est, teste Ant. Fab. *C. suo, de testibus, defin.* 23. *& de fid. instr. defin.* 14. quamquam dissentit Salic. *in d. l. contractus* 17. & nonnulli alii quos allegat. Et, ut causæ serviat, probare videtur D. Dekher. *lib.* 2. *dissert.* 13. *n.* 3. At verò si, quod sæpè fit, post contractum initum & conclusionem negotii, instrumentum de eo confectum fuerit, scriptus, potius, quàm in scriptis initus, contractus dicetur. Sicuti nec rectè quis dixerit, testamenta nuncupativa, quæ hodie frequentantur, per scripturam fieri, licet plerumque scribantur, quoniam, ut scribantur, ad substantiam eorum non pertinet, vid. *sup.* §. *ult. de test. ord.* Sed etsi in contractu ineundo convenerit, ut de eo instrumentum conficeretur, ne sic quidem id actum intelligi debet, ut contractus in scriptis fieret, sed potius ut sine scriptura initus perfectusque ad futuram dumtaxat rei memoriam describeretur. Quippe in dubio, si non appareat quid actum sit, credendum est, ad probationem potius, quàm ad validitatem actus, scripturam intervenisse, cùm actus talis est, qui sine scriptura potest subsistere, *l.* 4. *de pignor. l.* 4. *de fid. instr. l. cum res.* 12. *C. de probat.* & ibi Bald. ut jure communi magis, quàm speciali contrahentes usi videantur, *l. Imperator.* 30. *de reb. auctor. jud. possess. l.* 14. *de priv. cred.* Ant. Fab. *add. loc.* DD. comm. *in d. l. contractus.* 17. *C. de fid. inst.* Christin. *vol* 3. *decision.* 29. *n.* 15. *& seq.* Andr. Fachin. 2. *cont.* 97.

11 *Nisi & instrumenta emptionis*) Quoties placet, negotium scriptura confici, non ante id pro perfecto habetur, quàm in scripturam redactum est, instrumentumque ejus negotii rite confectum. Si privata sit scriptura, sufficit ad complectionem instrumenti, propria contrahentium manu id perscriptum esse: modo ne quod scriptum est pro prima scheda & deliritia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerint, habitum sit, tum enim ad perfectionem contractus requiritur, ut scheda illa in mundum redigatur. Quod si intrumentum non ab ipsis contrahentibus, sed ab alia persona privata scriptum sit id pro completo habetur; cùm utriusque contrahentis subscriptione confirmatum est. Si verò instrumentum sit publicum, puta conficiendum per tabellionem sive notarium, id non aliter completum intelligitur, neque vires ullas habet, quàm si à notario exceptum perfectumque, & partibus prælectum fuerit, atque ab ipsis approbatum, *hoc text. & d. l. contractus.* 17. De requisitis instrumenti publici, & quæ de more inseri soleant, vid. Covar. *pract. q.* 20. Wesemb. *parat. de fid. instr.* Althus. *lib.* 3. *c.* 42. *num.* 13. *& seqq. cum ibi citatis.*

Donec aliquid deest, pœnitentiæ locus est) Cùm con-

contractum in scriptis fieri placuit, scripta ad substantiam contractus pertinere incipit: & ideo quamdiu instrumentum perfectum non est, obligatio non nascitur, & nihil dum actum intelligitur, qua de causa interim etiam pœnitentiæ locus est, licetque alterutri à negotio, quod institutum est, sine pœna discedere. Cæterum hoc ita, nisi quid arrharum nomine datum sit. Quod cùm factum est, placet quidem, adhuc sine mutuo consensu recedi posse, sed emptorem consilium mutantem, quod dedit, amittere; venditorem ejus, quod accepit, duplum restituere, *d. l. contractus.* 17. *C. de fid. instr. & hoc nostro text.*

12 *Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit*) Id est, celebrari cœpta sit; quam esse mentem Justiniani, ex eo intelligitur, quod ante dixit, pœnitentiæ locum esse, quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso apertè significat, cùm contractus est perfectus, & nihil amplius ad constitutionem obligationis desideratur, pœnitentiæ locum non esse, nec posse ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipsa constitutione Justiniani *d. l. contractus.* 17. Id elucet clarius verb. *super facienda emptione.* Item *non procedente contractu.* Item *qui vendere pollicitus est, qui emere pactus est.* Quæ omnia manifestè ostendunt, nec arrhis datis pœnitentiæ locum esse, nisi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arrhæ dicuntur esse argumentum emptionis contractæ: ex eo enim sequitur, arrhas non dari, nisi contractu jam perfecto. Respond. Verum est, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere: cæterum nihil prohibet quominus & ante contractum dentur super facienda emptione ei, qui vendere pollicitus est, quæ sunt verba *d. l. contractus.* 17. Et in ipso actu contrahendi, quamdiu adhuc contractui aliquid deest, ut est in hoc text. neque id tantùm cùm in scriptis res geritur, verùm etiam cùm sine scriptis. Neque enim statim inter partes de pretio convenit, accessionum quoque & finium definitio sæpe tractum temporis habet, & interim aliquid arrhæ nomine dari potest ab eo, qui de re emenda tractare cœpit; ne quis alius facile prævertat; nec venditori liceat

13 impune recedere. Concedunt omnes, si sine arrhis emptio celebrata sit, recedi à negotio sine communi consensu non posse: cæterum si arrhæ intervenerint, putant plerique, etiam tunc locum pœnitentiæ dari, cùm contractus jam perfectus est, & posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas. Quod minimè ferendum est. Quid enim certius hac juris sententia, obligationi semel constitutæ renuntiare invito adversario non licere? *l. 5. C. de obl. & act.* Atque hoc vel maximè valet in contractu emptionis & venditionis, *l. ab emptione.* 58. *de pact. l.* 1. & 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.* usque adeo ut constitutum sit, nec ex rescripto Principis ab emptione jure perfecta recedi posse, *l.* 3. *C. de resc. vend.* Non mutat hanc sententiam arrharum post contractum perfectum interventus, sed magis firmat, quoniam arrhæ non dantur infirmandæ emptionis causa, sed confirmandæ: dantur enim tunc in hoc, ut sint argumentum emptionis jam contractæ, *hoc text. & l. quod sæpe.* 35. *eod.* Jam verò absurdissimum est, id quod ad confirmationem contractus datur, ad eversionem ejus flecti: & omnino falsum est, quod pro defensione contrariæ sententiæ affertur, datione arrharum hoc tacitè agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere cum jactura arrharum aut duplicatarum restitutione. Neque interpretis est, hujusmodi tacita pacta sine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere. Non obstat, quod is, qui nominatim in rem aliquam sibi cavet, aliis beneficiis & remediis renunciare videtur, per *l. & habet.* 15. §. 3. *de precar. l. ult. C. de pact. conv. tam. sup. dot.* Id enim tunc obtinet, quando quis sua cautione sibi prospexit de re aliqua, in qua illi prospicitur jure sine cautione privata, ut ostendunt exempla prædd. ll. Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis sibi privatim prospicit. Hoc enim cùm fit, posterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat, *l.* 4. §. *si ex conventione.* 4. *de re jud. l. prædia.* 28. *de act. empt.* Et sic etiam fit in proposito: nam qui emit, privata cautione sibi parat actionem ex empto; ac proinde nova cautione arrharum non debet videri à priore obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscurè probant Joan. Fab. *hic.* Cyn. & Bart. *in d. l. contractus.* 17. certius confirmant Oldendorp. *class.* 4. *act.* 2. Wesemb. *par. n.* 9. Don. *ad d. l. contractus.* 17. *num.* 12. *& seqq.* Diod. Tulden. *ad tit. C. quand. lic. ab empt. disc. num.* 2. Christin. *vol.* 3. *decis.* 70. *num.* 2. & consuetudine receptam testatur Busius ad *l.* 35. *in fin. hoc tit.* In Gallia tamen contraria obtinet, teste Pacio in *d. l. contractus.* 17. *num.* 12.

Qui recusat adimplere contractum) Id est, qui re-

recusat institutam emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ; quod ex iis, quæ præcedunt, perspicuum est. *Adimplere* igitur hic positum pro *perficere*, ut contra *perficere contractum*, dixit pro *implere*, *d. l. contractus. 17. circa medium.* Cæterum cùm propriè & distinctè loqui volumus, emptionem perfici dicimus solo consensu in mercem & pretium impleri harum rerum præstatione. Illud simplicem perfectionem & constitutionem obligationis significat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii, & rei venditæ traditionem.

TEXTUS.

De pretio certo vel incerto vel in arbitrium alienum collato.

1. *Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio:* Quanti ille æstimaverit, *sub hac conditione staret contractus, ut siquidem ille, qui nominatus est, pretium definierit, tunc omnimodo secundum ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditorem ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cùm in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum & in locationibus, & in conditionibus tradere.*

NOTÆ.

1. *Nulla emptio sine pretio*) *L. 5. §. 1. h. t.* quemadmodum nec sine re, quæ veneat, *l. 8. eod.* Itaque non valet emptio donationis causa contracta, *l. 36. l. 38. eod.* nec cùm dicis causa & ἀφοσιώσεως res venditur uno nummo: quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *l. 55. eod.* & donationis instar inducit, *l. 46. locat. l. 3. l. 9. C. h. t.* Denique nummus unus pretium non est, *l. 10. §. ult. de acq. poss.* emptionis autem substantia consistit ex pretio, *l. 72. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Emptionis substantiam ex pretio consistere: & quid inde.*
2. *Pretium certum constitui oportere, & quando id constitutum intelligatur?*
3. *Emptionem non contrahi, cùm definitio pretii generaliter alieno arbitrio permissa est, secus si arbitrio personæ.*
4. *Quid si res vendita sit eo pretio, quod duo periti à partibus eligendi constituent?*
5. *Arbitratoris manifestam iniquitatem corrigi posse officio judicis.*
6. *Explicatur* l. in lege 24. in pr. locat. *& alia quædam observatu digna notantur.*

1 QUemadmodum sine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur, *l. 8. h. t.* ita nec sine pretio, quod vicissim præstetur, emptio esse potest, *l. 2. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. pacta conventa. 72. hoc tit.* ubi Papinianus ait, *emptionis substantiam consistere ex pretio.* Itaque non valet emptio, quæ donationis causa contrahitur, *l. cum in venditione. 36. l. si quis 38. eod.* aut cùm dicis causa prætextu pretii quæsito, res venditur uno nummo, *l. si quis 46. locat.* quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *l. nuda. 55. d. l. si quis. 38 hoc tit. l. imaginaria. 16. de reg. jur.* Planè si non id actum sit, ut totum pretium condonetur, sed res viliore pretio, licet donationis causa, vendita fuerit, placet valere venditionem, extra quam si hujusmodi venditio facta sit inter virum & uxorem, *d. l. 38.* In pretio duo desiderantur, unum, ut id certum sit, alterum, ut constituatur in pecunia numerata. De priore tractatur hoc §. de posteriore §. seq.

2 *Certum esse pretium debet*) Quamdiu pretium incertum atque indefinitum est, emptio imperfecta censetur, nec ulla nascitur obligatio. Itaque si emere volenti venditor sic dicat: *Habebis rem emptam, quanti postea æstimabitur*, nihil secuta sit, volunt DD. comm. inde resultare contractum innominatum: quam sententiam probat Fachin. 2. *controv.* 1. Bus. in *l. 1. de rer. permut.* contra Pinell. *par. 2. rub. de rescind. vend.* Gomez. 2. *res. 2. num. 9.* Quod ego in medio relinquo. Certum duobus modis dicitur, vel simpliciter, cùm ab initio certa quantitas exprimitur, vel de quo consistat per relationem ad rem certam; veluti si ita dicat venditor: *quanti tu emisti, quantum pretii in arca habeo.* Nam licet hic pretium in præsentia occultum sit, & apud contrahentes incertum, re tamen ipsa & in veritate certum definitumque est, *l. 7. §. ult. hoc tit.* Bene Justinianus: *Quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint, §. pen. sup. de verb. obl.* Quid ergo si venditor sic dixerit: *Res tibi erit empta justo pretio,* aut

aut *eo pretio*, *quod justum declarabitur*? Adhuc imperfectum nogotium videtur: quoniam & justi pretii modus incertus est: quippe quod constitui non potest nisi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una & æquabili forma non continetur. Ita post DD. comm. Pinell. *d. p. 2. num. 19. & seq.* Gomez. *d. loc. num. 9.* Surd. *decis.* Mant. 82. *n.* 14. Fach. 2. *controv.* 1. Assentior autem Surdo *dict. decis. in fin.* & D. Tuldeno *comm. hic. cap.* 4. qui venditionem justo pretio factam valere existimant in iis mercibus, quibus publicò pretium constitutum est, ut sæpe panis, vini, frumenti, carnium, aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium pretium magistratus definit. Hoc enim casu partes per justum pretium non aliud, quám illud ipsum, quod publicè determinatum est, intellexisse videri possunt. Constat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id, quod certum est. Et hic infert Gomez. *dict. loc.* valere venditionem vini, olei, tritici & similium rerum, factam eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico, tali die vel tempore.

3 *Inter veteres dubitatur*) Dubitatum olim fuit, an valeret emptio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Quidam id affirmabant, quasi res omnis in arbitrium boni viri rejecta censeri deberet; nec incertum videri, cujus definitio pendeat à tali arbitrio, quod uno & perpetuo tenore constat. Alii id negavere, hoc fore argumento nixi, quod pretia rerum æstimatione communi, non ex affectu singulorum, funguntur, *l. pretia. 63. ad leg. Falc.* Fuere denique, qui distinguendum existimabant, utrum electum esset arbitrium boni viri simpliciter, an verò nominatim arbitrium certæ personæ. Hanc quæstionem Justinianus *hoc §. & l. ult. C. eod.* ita decidit, ut si definitio pretii collata sit in arbitrium certæ personæ, puta hoc modo: *Fundus ille tibi emptus est, quanti Titius æstimaverit*, hac conditione staret emptio, si persona nominata pretium definiret. Quod si ille, qui nominatus est, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, forte jam mortuus, tum exemptio nulla sit, quasi nullo pretio constituto. Illud autem semper constitit, in arbitrium unius ex coutrahentibus definitionem pretii frustra conferri, *l. quod sæpe 35. §. 1. hoc tit.* ne scilicet in potestate ementis aut vendentis sit, utrum debeant, an non debeant, *l. 7. in pr. eod. l. 13. C. eod. l. 2. §. 3. quod cert. loc.* Pinell. *dict. part. 2. cap. 1. num. 6.* Gomez. *d. resol. cap. 2. num. 19.*

Quanti ille æstimaverit) Arbitrator scilicet nominatim electus: nam si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinitè collata, *l. si merces. 25. princ. locat.* veluti, *fundus tibi emptus est, quanti alii æstimabunt.* aut *quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad judicem vel certam personam, *arg. d. l. ult. C. hoc tit.* Pinell. *d. l. num. 5.* Quid verò si emptio facta proponatur eo pretio, quantum constituent duo periti eligendi, alter ab emptore, alter à venditore? Consequens est superioribus, ut dicamus, emptionem non valere; quoniam ne hic quidem certa persona designatur: adeoque eadem hic incertitudo est, quam habet designatio justi pretii, vel pretii in arbitrium boni viri collatio: nam & hæc sic interpretaremur, ut eligeretur aliquis, qui neutri improbaretur, aut ut quisque eligeret unum, qui pretium statueret, aut justi pretii modum. Quin fieri etiam potest, ut ipsi contrahentes circa electionem peritorum dissentiant: neque enim hæc peritia certum usque habet tenorem. Non obstat *l. 16. §. ult. de pign.* nam ibi negotium subsistit ex pacto pignoris. Ita pro Pinello *d. loc. num. 6.* contra Fachinæum 2. *contr.* 1. & sententiam communem disputat D. Tuldenus *comm. hic. cap. 5.* Communis tamen sententia in foro obtinet, ac consuetudine hujus sæculi potissimum inter mercatores viget. D. Paul. Bus. *in l. 1. n. 8. de rer. perm.* 4

Omnino secundum ejus æstimationem) Hoc idem expressum est in ipsa constitutione Justiniani *l. ult. C. hoc tit.* Ergo etiamsi Titius arbitrator multo pluris aut minoris rem æstimaverit, quàm valet, dicendum est, valere contractum. Sanè si arbitrium Titii tam pravum est, ut manifesta ejus iniquitas appareat, consentiens fere omnium opinio est, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi posse. Quod sic accipiendum est, corrigi posse, non remedio aliquo restitutorio, sed officio judicis, quod actioni bonæ fidei subservit, exemplo societatis. Ut enim si partibus societatis definiendis arbiter electus partes manifestè iniquas constituerit, iniquitas arbitrii per judicem corrigitur, instituta actione pro socio, *l. in propos. 78. & seq. pro soc.* ita quoque si pretio declarando sumptus in contractu emptionis, apertè iniquum, & nimis magnum definierit, & venditor illud petat, potuerit judex ostensa iniquitate ex officio id moderari, propter clausulam ex bona fide. Ita DD. comm. *hic & in d. l. ult. C. eodem.* Quæ sententia cùm sit æquitati 5

tati planè consentanea, utique civiliter accipi oportet, quod hic ait Justinianus, omnimodo secundùm æstimationem arbitratoris pretium solvendum esse, ut scilicet his verbis non excludatur officium judicis in corrigenda manifesta iniquitate, etiamsi ea dimidium justi pretii non excedat: nam ad eam, quæ excedit, rescindendam speciale remedium competit, *l. 2. Cod. de resc. vend.* Inter quæ hoc interest, quod officium judicis locum non habet, nisi cum re adhuc integra igitur ex empto aut vendito ad implendum contractum: nam si juxta factam æstimationem res tradita sit & pretium solutum, officio judicis corrigi iniquitas non potest. Quod si ultra dimidium justi pretii alteruter læsus sit, hic locus est remedio rescissorio, *d. l. 2. C. de resc. vend.* add. Bachov. *comm. hic.* & D. Tuld. *cap. 9.*

Pro nihilo esse venditionem) Igitur in proposito non recurritur ad arbitrium alterius, tamquam electum sit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Justinianum in partibus societatis definiendis obtinuisse constat, *l. si coita. 75. pro soc.* Quin etiam Ulpianus generaliter respondet, non esse recedendum à persona ejus, cujus arbitrium insertum est, *l. si quis. 43. de verb. obl.* Neque hic obstat, quod scriptum est, *l. in lege. 24. pr. locat.* si in lege locationis comprehensum sit, ut alterius arbitratu opus approbetur, boni viri arbitrium comprehensum videri: nam istic non contractus aut substantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur, sed mercede pro opera constituta, & sic contractu jam perfecto, accidentale aliquid, nimirum qualitas seu approbatio operis, quod redemptor faciendum conduxit. In hujusmodi specie id actum merito intelligitur, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat: & hoc bona fides exigit. Pari de causa si quid accidentale (nam essentialia non possunt) arbitrio alterutrius è contrahentibus permissum sit, placet in viri boni arbitrium id collatum videri, ut actus sustineatur; qui frustraneus foret, si persona contrahentis tantùm comprehensa intelligeretur; quippe in cujus potestate sit, non arbitrari, *l. 7. pr. hoc tit. d. l. 24. locat.* In testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l. 12. de reg. jur.* hoc perpetuum est, ut legatum in alterius arbitrium collatum, in boni viri arbitrium collatum intelligatur; & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit, *l. 1. de leg. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.*

Et in locationibus) *D. l. ult. C. hoc tit.* Verba pene integra constitutionis Justiniani, quæ & hoc §. repetuntur, ad Cajum in *l. merces. 25. princ. loc.* appinxit Tribonianus.

Textus.

In quibus pretium consistat. Differentia emptionis & permutationis.

2. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium esse posset, valde quærebatur, veluti, an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium esse posit? Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere: unde illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse. Argumentoque utebantur Græco Poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:*

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο παρέστασαν οἶνον ἄγουσαι
Ἔνθεν ἄρ οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοὶ,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσι,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Hoc est.

Avecta è Lemno tunc vina fuere carinis.
Inde capillati sibi vina parare Pelasgi:
Ære micante alii, nitido pars altera ferro,
Pars bubulis tergis, ipsis plerique juvencis,
Pars quoque mancipiis.

Diversæ scholæ auctores contra sentiebant; aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse: nam utramque videri, & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus à venditione separatam, merito prævaluit: cum & aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Divi Principes amiserunt, in nostris Digestis latius significatur.

Notæ.

2. *Permutatione rerum emptionem contrahi*) Permutatio instar obtinet emptionis. Unde in ædilitio edicto cùm permutatum est, uterque & venditoris & emptoris loco habetur, *l. 19. §. pen. de ædil. edict.*

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο) Atqui hunc versum non habent editiones pleræque, ac ne Accursiana quidem, ubi versus incipiunt à verbis: ἔνθεν ἄρ

ἀμείβοντο κ. τ. λ. additurque, *græca hæc esse, quæ non legantur.* Sed nec Theophilus hunc versum agnoscit, Paulus *l.* 1.§.1. *ff. de contr. empt.* Hein.

Anteriores D. Principes) Diocletianus & Maximianus, *l. pen. C. de rer. perm.*

Commentarius.

1 *Summa dispositionis Pauli in* l. hoc tit.
2 *Pretium in alia re, quàm pecunia numerata, constitui non posse, ex sententia Proculi.*
3 *Excutiuntur argumenta, quibus Sabinus probare conatus est, permutatione rerum emptionem contrahi.*
4 *Usum pecuniæ signatæ perantiquum esse.*
5 *Quibus & quàm validis rationibus Proculus demonstravit, emptionem & permutationem planè diversa esse?*
6 *Defenditur Sabini & Cassii sententia.*

1 Antiquissima ratio commutandi inutilia cum utilibus, & comparandi res necessarias permutatio fuit: quæ cùm duo hæc incommoda haberet, unum, quod non semper concurrebat, ut quod alter haberet, alter desideraret, alterum, quod etsi concurreret, inæqualis tamen rerum esset æstimatio: invento tamdem nummo, quo res cæteræ æstimarentur, & qui mensura esset omnium, his difficultatibus occursum est, cœperuntque homines res sibi necessarias comparare, pretio earum in nummis seu pecunia numerata vicissim dato: quod genus commercii emptio & venditio appellatur, & secundum Nervæ ac Proculi sententiam à permutatione multum distat. Hæc summa est disputationis Pauli in *l.* 1. *hoc. tit. & hujus loci.*

2 *In numerata pecunia*) Alterum, quod in pretio desideratur, est, ut illud consistat in nummis seu numerata & signata pecunia. In aliis rebus pretium non posse consistere, nec rebus utrinque intervenientibus emptionem fieri, ex sententia Nervæ & Proculi pridem placuit. *hoc text. l.* 1. §. 1. *eod. l.* 1. *de rerum permut. l.*9. *C. hoc tit. l. pen C. de rer. perm.* Enim vero si pretium ab initio in pecunia numerata constitutum fuerit, consentienti postea venditori etiam alia res in solutum dari potest, contractu non mutato, *l.* 9. *C. de rescind. vend.* quippe circa formam & distinctionem contractuum initium, non exitum, spectamus, *l.* 1. §. *idem Pomponius.* 13. *depos.*

3 *Sabinus & Cassius etiam in alia re*) Sabinus & Cassius putabant, non tantùm in pecunia numerata, verùm etiam in quavis alia re pretium consistere posse, rerumque permutatione emptionem quoque & venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem sententiæ suæ hoc argumento: Si emptio & venditio jam tum in usu erat, cum nondum esset nummus, nihil obstat, quominus & post repertos nummos sine iis consistat, &c. Assumptionem probabant auctoritate Homeri, qui *lib.* 7. *Iliad.* refert, Græcos vinum ex Lemno advectum sibi comparasse ære, ferro, tergoribus, bobus, mancipiis, utens verbo οἰνίζεσθαι quod est οἶνον ἀγοράζειν, *vinum emere, mercari.* Alium locum ejusdem Poetæ, & qui magis pro hac sententia facit, Paulus, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* subministrat ex libro 1. *Odyss. circa fin.*

Τήν ποτε Λαέρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

id est, *quam* (Euricleam ancillam) *olim Laertes emerat possessionibus suis.* Nerva verò & Proculus contra disputabant, pretium non nisi in nummis posse consistere, contractumque emptionis & venditionis à permutatione multum differre; quibus etiam cæteri fere assentiunt: argumenta eorum mox videbimus. Illud Sabini & Cassii ex Homero non putabant esse magni ponderis. Nam verbum οἰνίζεσθαι esse ambiguum, quod pro subjecta materia & ad permutationem & ad emptionem accommodari possit: & ideo apud Poetam *d. loc.* ad permutationem potius quàm ad emptionem referendum: quod etiam Paulus notat *d. l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Illa quidem,

πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν,

Sabini opinionem magis juvant: nam verbum πρίασθαι proprietate & vi sua non potest ad alium contractum, quàm ad emptionem referri: & tamen emptio ista sine nummis facta est, sive verba Homeri sic interpretere, *emit possessionibus*, aut *facultatibus suis*, id est, *de suo*, sive ut alii, *emit & emptam præfecit facultatibus suis*, ut subaudiatur præpositio ἐπί: quoniam mox subjicit Poeta, pretium datum esse viginti boum. Sed tamen ne hoc quidem satis esse videtur ad probandum, emptionem ibi revera contractam fuisse: quippe cum Poetæ, dum metro serviunt, verborum proprietatem sæpe negligere cogantur. Inspicienda semper est rei veritas, quàm si sequimur, statuendum omnino videtur, emptionem & venditionem non esse, nisi nummi intervenerint, etiamsi dictum sit, me fundo meo emisse fundum tuum & ideo Plinius *lib.* 33. *c.* 1. ex Homero eamdem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur, impropriè loqui credendus est, cùm dicit, Græcos *vinum* emptitasse *coriis boum*, &c. Illud ex antiquis historiis, adeoque ex ipsa historia Mosis *Genes. c.* 23. & *c.* 42. *cum aliquot seqq.* constat, usum nummi & signatæ pe-

4

cuniæ antiquissimum esse, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius *lib. 7. c. 56.* scribit, Liberum Patrem primum instituisse emere & vendere. Qui Liber Pater temporibus Mosis fuisse dicitur multo ante bellum Trojanum, quamquam primus nummorum auctor per Græciam celebratur Phædon Eleus, qui Homero longè recentior fuisse fertur. Strabo *lib.* 8.

Diversæ scholæ auctores contra) Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant, pretium rei venditæ in alia re consistere posse, quàm in pecunia numerata, dicebantque, emptionem & venditionem diversam esse speciem contractus à permutatione. Sic verò illi argumentabantur. In contractu emptionis & venditionis hæc perpetuo distincta esse oportet, pretium, & mercem: sicut enim aliud est emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor, ita & aliud pretium, aliud mercem esse. At in permutatione uti discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit, ita nec utra res videatur venisse, utra pretii nomine data. Rationem autem non pati, ut dicamus, utramque & venisse & pretii nomine datam, *l.* 1. §. 1. *in fin. hoc tit. l.* 1. *de rer. perm.* Atque hæc Proculi & Nervæ sententia tandem obtinuit, & constitutionibus Principum comprobata est, *l. pen. C. de rer. perm.* Paulus in *d. l.* 1. *de rer. perm.* duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. 1. Quod venditor non cogitur rem emptoris facere, sed sufficit ei ad evictionem se obligare, possessionem tradere, & pugnari de dolo malo: itaque si evicta res non sit, nihil venditorem debere. At in permutatione utrique rem accipientis fieri debere; ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem, *d. l.* 1. *pr.* junct. §. 3. *n.* 2. Quod in emptione ex nuda consentientium voluntate obligatio nascitur, in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, §. 2. *ejusd. l.* congruit *l.* 3. *C. eod.* Sed utrumque hoc est à civili jure Romanorum.

Aliis Homericis versibus) Puto eos versus significari, quos Paul. *l.* 1. §. 1. *h. t.* citat ex *lib.* 16. *Iliad.* Ubi Poëta refert, Glaucum centum boum arma aurea permutasse cum æreis Diomedis armis novem boum. Quo loco utitur verbo ἀμείβω, quod est proprium permutationis. Eosdemque versus in hanc sententiam etiam Theophilus citat. Sed profecto parum in utramque partem valere debet auctoritas Poëtæ, quem dici potest, dum metro servire cogitur, verborum proprietatem insuper habuisse.

Validioribus rationibus) Validissimum illud argumentum est, quod in contractu emptionis res & pretium distincta esse debent: quod nec Sabinus negabat: & tamen necessario inde sequi videtur, pro re non posse aliam rem ut pretium dari, sed opus esse pecunia signata: alioqui emptionem non esse, sed alium contractum. Atque hæc quidem ita pro Paulo Proculique & Nervæ sententia speciosè disputantur. Cæterum si, quod res est, fateri, & liberè philosophari volumus, verior est illa Sabini & Cassii, qui rebus etiam invicem permutatis rite venditionem perfici dixerunt, eamque esse antiquissimam emptionis & venditionis speciem, quæ permutatione rerum contraheretur. Nam & in antiquis permutationibus, quantumvis citra nummum fierent, utique venditor ab emptore, pretium à merce distinguebatur: atque hoc tum ex rebus ipsis, quæ dabantur, tum ex animo & proposito contrahentium intelligi poterat. Qui animo rei suæ distrahendo permutabat, erat venditor; qui alienæ habendæ, emptor. Æs, ferrum, aurum, argumentum rude pro pretio erant: sed & per boves quoque rerum æstimatio fiebat. Ita apud Homerum vinum, quod è Lemno in castra Achæorum advehebatur, merx erat, qui advehebant venditores, Achæi autem emptores; pretium, quo vinum sibi comparabant, æs, ferrum, bubulæ pelles, boves, &c. Dydimus in Homer. οἰνίζοντο οἶνον, ὠνοῦντο. Laertes emptor Euryclcæ, pretium viginti boves. Idem Poeta arma Glauci & Diomedis pretio æstimans dicit, illum ἑκατόμβοια, hunc ἐννεάβοια habuisse. Quod si negamus, permutationem veteribus usitatam venditionis & emptionis nomine appellandam, cur hæc omnia in suis permutationibus distincta nominibus agnoscunt emptorem, venditorem, mercem, pretium, ὤνημα πρᾶσις, ὤνον φόρτον? An nulla tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emptores aut venditores fuerunt? & cur non loco pecuniæ signatæ res alia, puta æris, argenti aut ferri rudis massa, aut quid aliud, quod in ἀντίδοσιν detur pretio fungi queat, licet ex nummi usu certius hæc distincta? Est tamen species aliqua permutationis veteribus etiam nota, ab emptione & venditione planè diversa, & in qua nullo modo discerni potest, uter emptor, uter venditor sit, utrum pretium, utrum merx; nimirum ubi quis non animo vendendi rem suam cum altero permutat, qui nec ipse rem alienam emptam velit; sed cùm ita inciderit, ut huic res alterius, illius alteri placeat, si de commutando invicem convenerint, veluti si arma

arma cum armis, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo forte commutentur: quod genus permutationis Græcis propriè ἀμειβὴ, Gallis *troq*, Batavis *rupling*, appellatur: quibus verbis emptionis & venditionis nomina minimè conveniunt. Fusius in hanc sententiam disserit doctissimus Salmasius *lib. de usur. c.* 13. & tanto judice in hac quæstione vincit schola Cassii & Sabini. Vinn. Speciosa hæc magis quàm solida. In permutatione adfectio magnis regnabat: in emptione ad justam æstimationem respicitur. Nimirum antequam nummus inventus esset, nullius rei certa erat æstimatio, deficiente quippe mensura communi, qua omnium rerum quantitas moralis æstimaretur. Permutabant itaque homines res necessarias, non quasi ejusdem pretii essent, sed quod par in utrasque caderet affectio. Et hujusmodi permutationem vel ἀμειβ rectè Proculus emptionem venditionem dici posse negabat, quum hic nullum esset verum pretium, nulla rei æstimatio. Ast semel constituto pretio eminente, id est, nummo, etiam permutatio ita fieri potest, ut res permutandæ prius certo pretio æstimentur, & tunc res pro preтio veluti in solutum dentur, e. g. Si mercator unus piper suum æstimet mille aureis, & alter in hoc pretium consentiat: hic porro vini quantitatem eodem pretio æstimet, & alter in illud consentiat, facta sanè permutatione harum mercium dici potest, emptionem venditionem mutuam factam, & utrumque merces pro pecunia in solutum dedisse. Sed de hujusmodi permutatione non disputarunt Proculus & Sabinus. Hein.

Textus.

De periculo, & commodo rei venditæ.

3. *Cùm autem emptio & venditio contracta sit, (quod effici diximus, simul atque de pretio convenerit, cùm sine scriptura res agitur,) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longè minor aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sanè enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus est. Idem & in cæteris animalibus, cæterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori: quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuriæ actione.*

Notæ.

3. *Cùm sine scriptura*) Et purè: nam si sub conditione, non ante emptio perficitur, quam conditio impleta sit: & ideo interim periculum venditorem respicit; *l. 7. h. t. l. 8. de per. & comm. rei vend.* cui respectu periculi similis venditio vini, olei &c. pretio in singulas amphoras aut metretas constituto, *l. 25. §. 5. h. t.*

Periculum rei venditæ) Id est, certæ speciei. Aliud est, si quis v. c. vendiderit decem boves in genere: nam genus perire non potest, *l. 11. C. si cert. pet.*

Emptori tradita non sit) Dummodo culpa aut mora venditoris non intercesserit, *l. 23. l. 91. §. 3. de verb. obl.*

Sine dolo & culpa) Emptio & venditio est contractus, in quo utrisque utilitas versatur. Itaque ex natura horum contractuum venditor non nisi dolum & culpam præstat, *l. 5. §. 2. commod.*

Damni injuriæ) Ex lege Aquilia, v. *inf. lib. 4. tit. 3.*

Commentarius.

1 *Summa juris constituti de periculo & commodo rei venditæ.*
2 *Quando emptio perfecta intelligatur: ex quo de periculo & commodo statuendum?*
3 *Periculi nomine plerumque quidem etiam casum fortuitum intelligi, sed non semper.*
4 *Quid si res vendita, quæ pondere, numero mensura constet?*
5 *Quid si vinum, quod veniit, degustatum sit, nondum admensum?*
6 *Conventione naturam contractus immutari posse: & quid si culpa aut mora venditoris intervenerit?*
7 *Auctoritates & rationes, quibus evincitur, rei venditæ periculum statim ad emptorem pertinere.*
8 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ; & explicatur* l. 33. locat.

9 *Quid*

9 *Quid juris apud nos ex constitutione Caroli V.* 1529.

10 *Venditorem levis dumtaxat culpæ, non etiam levissimæ nomine teneri, nisi custodiam rei in se susceperit.*

11 *Cur vindicatio rei & ceteræ actiones hîc memoratæ ante traditionem emptori non competant, sed à venditore ei præstandæ?*

INtroducitur hoc loco quæstio de periculo & commodo rei venditæ & nondum traditæ ad utrum interim utrumque pertineat, ad venditoremne, an ad emptorem. Quæstio insignis, & quæ sæparatim propriis *tit. in π. & C.* explicari meruit. Summa juris de hac specie constituti hæc est: Placet, simul atque emptio perfecta est, licet res nondum tradita sit, omne commodum, & vicissim omne periculum atque incommodum rei, quod sine facto venditoris contingit emptorem sequi. Sententia innumeris locis tradita, *l. 7. l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 1. l. 4. l. pen. & ult. C. eod. l. quod sæpe. 35. §. si res 4. hoc tit. l. 5. §. ult. de resp. vend. cum similibus, & hoc text.* Quammobrem necessario sciendum est, quando emptio perfecta censeatur: tunc enim sciemus, cujus periculum aut commodum sit.

2 Et quidem si pura est emptio, & sine scriptura negotium geritur, statim ea perfecta intelligitur, ut de pretio convenit: si in scriptis rem geri placuit, instrumento contractus rite confecto; tunc enim obligatio constituta est, à qua sine communi consensu recedere non licet; sed hoc solùm restat, ut partes fidem contractus impleant, emptor pretium persolvat, venditor rem tradat, ad quod ille actione ex vendito, hic actione ex empto compelli potest, de quo uberius explicatum est in *princip. hujus tit.* Quod si sub conditione emptio contracta sit, tunc ea perficitur, cùm impleta fuerit conditio, *l. 7. l. si quis. 37. hoc tit. d. l. 8. de peric. & commod.* Itaque ubi purè res venit, statim periculum & commodum ad emptorem respicit: ubi sub conditione, cùm conditio extiterit: nam si defecerit conditio nulla est emptio: pendente autem conditione, quod damnum aut commodum contingit, ad venditorem pertinet, ut tamen si res adhuc extet, licet casu aliquo deterior facta, placeat, hoc damnum emptoris esse: distinctio tradita in *d. l. 8. de peric. & commod. rei vend.* facit. *l. 10. eod. l. 5. C. eod.*

3 Qui verò periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. si gratuitam. 17. §. 1. 2. pen. de præscr. verb. l. 12. cum. 2. ll. seqq. de peric. & commod. l. 1. C. de commod. l. 9. C. de pign. act.* sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstamus, & maximè levissimam, non etiam casum improvisum, *l. 13. §. 1. de lib. caus. l. qui mercedem. 40. locat. l. non ob eam. 25. pro soc. l. 14. §. qualis. 16. de furt. l. 1. §. sæpe. 35. depos. l. 3. pr. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt, *periculum custodiæ subire? periculo culpæ, negligentiæ subjici, adstringi, illigari, l. un. §. quod si. 4. furt. adv. naut. caup. l. tutores. 39. §. tutores. 12. & l. seq. de adm. tut. d. l. 1. §. sæpe. 35. depos.* In quæstione proposita prior significatio obtinet.

4 In rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quæ in cæteris, ita ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, (utique ratione periculi) quàm si admensæ, appensæ, adnumeratæ sint. Est verò in his rebus probata hæc distinctio, ut si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio seu aversione venierit, idem juris sit, quod in cæteris rebus, perfectaque emptio intelligatur, statim ut de pretio convenit. Quod si hæc non uno pretio, sed ita venierint, ut in singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti, certum pretium diceretur, non prius quantum ad periculum perfecta videatur venditio, quàm res hujusmodi adnumeratæ, admensæ, appensæve sint, quasi venditio sub hac conditione contracta sit: textus elegans in *l. quod sæpe. 35. §. in his. 5. hoc tit. l. 2. C. de per. & commod. rei. vend.* Ergo si quod damnum rei venditæ interea contingerit, ad venditorem, non ad emptorem id pertinebit, quasi imperfecta adhuc emptione, *l. 1. de peric. & commod. d. l. 2. C. eod.*

5 Quid autem dicimus, si vinum degustatum sit, sed nondum admensum? Non poterit verùm esse, quod dici solet, plenissimè videri venisse vinum, cùm fuerit degustatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem spectare, *d. l. de peric. & commod.* Id enim tunc rectè dicitur, cùm singulatim emptæ sunt certæ vini amphoræ, perfectaque venditio est. Cui convenit, quod Paulus ait, aliam causam esse degustandi vini, aliam metiendi: gustum enim ad id tantùm proficere, ut improbare liceat; mensuram verò non ut plus vel minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur, *l. si emptione. 34. §. alia causa. 5. hoc tit.* Proinde facta

ctâ etiam deguſtatione, cùm nondum perfecta emptio eſt, periculum qualitatis, puta acoris, aut mucoris non minus quàm ſubſtantiæ, ſpectabit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Planè ſi emptor vina deguſtaverit, & malè probaverit, jam tum forte acida aut mucida, de ſe queri debebit, nec eo ſolo prætextu, quod nondum perfecta ſit emptio, ea improbare poſtea poterit, quæ ſemel probavit, *l. ſi vina.* 15. *de peric. & commod.* vid. Gloſſ. & DD. *in d. l. quod ſæpe.* 35. §. 4. *&* 5. *hoc tit. & ad l.* 1. *π. l.* 2. *C. de peric. & commod. rei vend.* Gomez. 2. *variar. reſolut. cap.* 2. *num.* 32. Afflict. *deciſ.* 280. *num.* 4. *& deciſ.* 399. Ant. Capuc. *dec. Neap.* 14. eleganter Anton. Fab. *C. ſuo de per. & commod. rei vend. defin.* 1. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 74. Atque ita quidem, ut diximus, res ſe

6 habet ex natura contractus. Cæterum ſciendum eſt, naturam contractus poſſe immutari conventione contrahentium, atque effici, ut & damnum, quod poſt perfectam emptionem contingit, non ad emptorem, ſed ad venditorem pertineat, & quod ante perfectam emptionem contingit, pertineat ad emptorem, *l.* 1. *l.* 10. *de per. & commod. rei vend.* quippe contractus ex conventione legem accipiunt, *l. contractus.* 23. *de reg. jur.* Præterea regulam, ſecundum quam periculum poſt perfectam venditionem ad emptorem reſpicit, non ſequimur, ſi res perierit, aut deterior facta ſit culpa venditoris: ſed aliam communem omnium contractuum, in quibus utriuſque utilitas verſatur, ut dolum & culpam venditor præſtet, *l.* 5. §. 2. *commod. d. l.* 23. *de reg. jur.* Pertinet huc ſpecies *l.* 12. junct. *l.* 14. *in princ. de peric. & commod.* Poſtremo & mora venditoris regulam mutat, facitque, ut periculo rei venditæ etiam poſt perfectum contractum venditor ſubjiciatur, *l.* 4. *l. ult. C. eod. tit.* Sed hìc vires recipit regula, ſi poſtea iterum offerente venditore emptor moram fecerit in accipiendo, *l. illud.* 17. *d. tit.* eſtque hoc jus commune omnium debitorum, *l.* 5. *de reb. cred. l. ſi ex legati.* 23. *l. ſi ſervum.* 91. §. 3. *de verbor. obligat.*

Periculum rei venditæ ad emptionem ſtatim pertinet) Hoc conſtanter à veteribus traditum eſt,

7 cum omnibus illis locis, quos ſuperius in hanc ſententiam allegavimus, tum etiam pluribus aliis, ut *l.* 10. §. 1. *l.* 11. *de per. & commod. l.* 2. §. 1. *l.* 4. §. *idem.* 4. *de in diem addict. l. ſi ea res.* 31. *de act. empt. l. ultim. de cond. ca. dat. l.* 15. *de jur. dot. l.* 11. §. *planè.* 9. *& ſeq. quod vi aut clam. l. ſoluturus.* 39. *de ſolut.* efficiturque etiam his rationibus. 1. Quoniam caſus fortuiti nullo bonæ fidei judicio præſtantur, *l.* 6. *C. de pign. act.* immo in univerſum nullo judicio, *l.* 23. *de reg. jur.* 2. Quia ex natura contractuum, qui utriuſque gratia fiunt, venditor non niſi dolum & culpam in re vendita præſtat, *l.* 5. §. 2. *commod.* 3. Quia omnes debitores certæ rei liberantur, ſi ea res ſine culpa eorum perierit, *l. ſi ex legati.* 23. *de verb. obl. l.* 5. *de reb. cred.* 4. Quia ad quem pertinet commodum, is ſecundum naturæ regulam & incommodum ferre debet. Atqui illud pertinet ad emptorem, &c. Objicitur ta-

8 men huic ſententiæ *l.* 9. *C. de pign. act.* ubi Impp. conſulti, ſi res pignori data caſu perierit, utrius id detrimentum ſit, debitoriſne, an creditoris? reſpondent, pignus perire debitori, adddita hac ratione, quia pignus in bonis debitoris maneant, quæ ratio hanc includit ſententiam, ut neceſſe ſit rem perire ei, qui rei dominus eſt. Hoc autem ſi verum eſſe fatemur, eadem ratione dicendum videtur, rem venditam & nondum traditam periculo venditoris interim eſſe, eamque non emptori perire, ſed venditori, utpote qui rei dominus maneat uſque dum tradita ſit, *hoc* §. *in fin.* Reſpondeo, male ex *d. l.* 9. generaliter colligitur, rem ſemper perire ſuo domino; ſed hoc rectè, perire ſuo domino, ſi idem dominus ſit & creditur in ea re, id eſt, cui res ex obligatione reſtitui debet: uti accidit in re depoſita, commodata, locata, item in re pignori data. Nam qui pignus dedit, is quidem habita ratione ſortis debitor dicimus, ſed in repetenda re pignorata creditor eſt. In his, inquam, omnibus rectè dicitur, ſi res debita caſu pereat, eam perire domino; nimirum quia idem eſt creditor qui dominus: eſt autem regula certi & perpetui juris, ſi res debita ſine culpa debitoris perierit, debitorem eo interitu liberari, *l.* 5. *de reb. cred. l.* 23. *de verb. obl.* At ex diverſo, ſi idem qui dominus rei eſt, ſit & debitor ejuſdem rei, puta ex cauſa legati, ſtipulationis aut venditionis, ſemper adverſario res perit, domino nunquam; quod efficitur ex eadem regula, ſecundum quam creditori res perit, etiamſi dominus non ſit, debitori non perit, quamvis idem ſit dominus, *dd. loc.* Unus locus Africani in *l. ſi fundus.* 33. *locat.* turbavit ſummos viros, Cujac. *tract.* 81. *ad African.* Borcholt. Vultejum *hic*, ut contra tot expreſſos textus & manifeſtam rationem juris putarint, & docuerint, periculum rei venditæ, uſque dum tradita ſit, ad venditorem pertinere. Ego verò nihil video apud Africanum, quod hanc ſententiam juvet.

vet. Ait Africanus: *Si fundus venditus prius, quàm vacuus tradetur, publicatus fuerit, tenetur venditor ex empto, ut pretium restituat.* Igitur in specie illic proposita res propriè non periit, sed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cùm evenit, tenetur venditor actiones suas emptori præstare, *l. 14. pr. de furt. & in calce hujus* §. Quod si nullas actiones venditor habeat, aut ut in casu *d.l. si fundus* 33. culpa sua inanes, ob hoc ipsum damnandus est, *l. quod sæpe.* 35. §.4. *hoc tit.* utique uti pretium restituat, *d. l. si fundus.* 33. Rectè autem DD. statuunt, in specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris; nam ut forte injuria judicis id factum sit, tamen contraria præsumptio est, debetque hoc factum potius venditori nocere, adversus quem sententia lata est, quàm emptori, *l. si per* 51. *de evict.* Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impediendam traditam, placet hactenus, saltem teneri venditionem, ut pretium restituat, non etiam ut id præstet, si quid pluris emptoris intersit, ut fit, cùm res judicio evicta est, *l. si in venditione.* 60. *l. evicta.* 70. *de evict.* Sed & si fundus usus publici gratia in specie Africani publicatus dicatur, nihilominus tamen æquum est, ut venditor pretium reddat, cùm eo casu à fisco iterum tantundem accipiat. VINN. Sed nihil horum in textu *l.* 33. *ff. locat.* exprimit Africanus. Nec enim culpa venditoris fundum publicatum ait, nec usus publici causa. Rectius credideris fundum nullo venditoris merito, sola belli injuria publicatum, qualia exempla sunt apud Virgil. *Eclog.* 1. nec non in *l.* 11. *ff. de evict. & l.* 15. *de rei vind.* Hoc casu enim nulla nec naturalis, nec civilis ratio est, cur injuria venditori facta ejus personam egredi, & emptori nocere debeat. Rem expedivit V. C. Ger. Noodt *Comm. ad Pand. lib.* 18. *tit.* 6. *p.* 416. *sequ. Tom.* 11. *Op.* HEIN. Hæc autem dispositio juris civilis circa periculum rei venditæ & necdum traditæ etiam apud nos quidem obtinet in venditione rei mobilis: sed an item rei immobilis venditæ ante traditionem coram magistratu loci rite factam periculum æquè ad emptorem spect.t, dubitatur propter constitutionem Caroli Quinti editam anno 1529. qua constitutione vetatur, & pro nulla atque irrita habetur omnis alienatio rei immobilis, quæ facta nou est coram judice loci, ubi res sita, aut si sint bona feudalia, coram partibus Curiæ, Grot. 2. *introduct. cap.* 6. paucis casibus exceptis, vid. Groenevv. *de ll. abrog. ad tit.* 23. *lib.* 3. *Instit.* Agitata fuit hæc quæstio inciden-

9

ter apud Curiam Hollandiæ. Plerique censuere, Carolum Principem hac sua constitutione etiam in hoc à jure communi recessisse, quod rei immobilis venditæ periculum interim ad venditorem, non ad emptorem pertinere voluerit: quamquam Senatus nihil definivit, sed propter opinionum varietatem amplius deliberandum censuit, *decis. Cur. Holland.* 32. Groenevv. *dict. tractat. ad hunc* §. memorat, Curiam postea judicasse, nihil juri scripto in eo, de quo quæritur, per dict. constitutionem Carolinam derogatum videri.

Commodum ejus esse debet, cujus periculum est) Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *l.* 10. *de reg. jur.* proinde cùm omne incommodum rei venditæ, quod post perfectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat, justum & æquum est, ut vicissim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem sequantur, *l. 7. de per. & comm. rei vend. l.* 1. *C. eod.* veluti si quid postea fundo vendito accesserit per alluvionem, *hoc text. & dict. l.* 7. item fœtus pecudum, partus ancillarum, *l. pen. C. de act. empt. l.* 8. *de evict.* fructus etiam jam maturi, *l.* 13. §. *si fructibus* 10. *l. qui pendentem.* 25. *de act. empt. l. fructus.* 13. *C. eod.* mercedes ex operis, aut vecturis; pensiones ex locatione, *d. l.* 13. §. *item.* 13. *de act. empt.* add. Don. *ad l.* 1. *C. de per. & comm. rei vend.* Gomez. 2. *res.* 2. *num.* 11. Covar. 1. *resol.* 15. & Chistin. *volum.* 3. *decis.* 74.

Quod si fugerit homo, &c.) Non tantùm si res vendita perierit aut deterior facta sit, damnum emptoris est; verùm etiam si ex potestate venditoris exierit, ut tradere eam non possit: veluti si fugerit homo aut aliud animal, quod veniit, aut res quælibet surrepta amissave fuerit. Est verò eadem hìc probata distinctio, quæ in casu rei corruptæ aut peremptæ, videlicet, ut si culpa venditoris tale quid evenerit, venditoris detrimentum sit; si culpa venditor careat, emptoris, *l. quod sæpe.* 35. §. *si res.* 4. *h. t. l. si ea res.* 31. *de act. empt. & hoc text.*

10

An custodiam ejus usque ad traditionem) In contractibus, in quibus utriusque versatur utilitas, cujus generis est emptio venditio, præstatur dolus & culpa, *l.* 2. §. 2. *commod.* ac proinde etiam custodia & diligentia à venditore exigitur, non utique summa & exactissima, sed media, id est, talis, qualem vulgo bonus & frugi paterfam. rebus suis adhibet: quam si præstiterit, securus esse debet, *d. l. quod sæpe.* 35. §. 4. *h. t.* Non obstat *l.* 2. *in fin. aut l.* 3. *de peric. & commod.* quia ibi tractatur de

de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, venditis; in quibus non semper nudus consensus venditionem perficit, *l.* 1. §. 1. *d. tit. d. l. quod sæpe.* 35. §. 5. Fusius hoc jam ante explicui. At enim verò speciali conventione arctius venditor obligari potest, puta, ut præstet etiam summam diligentiam ac custodiam majorem, quàm natura contractus desiderat, *l. contractus.* 23. *de reg. jur.* Quod tunc etiam agi intelligitur, cùm venditor custodiam rei in se suscipit, id est, cùm convenit, ut venditor custodiam præstet: alioqui nihil operaretur illa conventio, cùm, ut jam dictum est, mediocris custodia ex natura contractus etiam citra aliam conventionem præstetur. Itaque custodiam in proposito accipere debemus φυλακὴν ἀκριβεστάτην, custodiam majorem, quàm natura contractus desiderat. *fac. l. qui mercedem* 40. *locat.*

21 *Si non susceperit, securus est*) Suscepta rei venditæ custodia nihil venditorem excusat præter casum & vim majorem: non suscepta excusatur, si sine dolo aut culpa ejus servus fugerit, res surrepta aut amissa sit, *d. l. quod. sæpe.* 35. §. 4. *b. t. l. si ea res.* 31. *de act. empt.* Intellige hactenus, ut cùm eo agi ex empto non possit, ut rem tradat, aut solvat interesse: nam ad alia adhuc tenetur, quæ sine incommodo suo præstare potest, ut mox audiemus.

Utique tamen vindicationem, &c.) Quamvis veditor, cujus dolo, aut culpa, aut, in casu custodiæ susceptæ, levissima negligentia nihil factum est, re amissa aut surrepta hactenus securus sit, ut conveniri actione ex empto non possit, ut rem tradat, aut præstet interesse; nihilominus tamen tenetur, ut actiones, quas habet, emptori cedat, atque in eum transferat, *d. l. quod sæpe.* 35. §. 4. *hoc tit. l. si ea res.* 31. *de act. empt. l.* 14. *pr. l. si vendidero.* 80. *de furt. & hoc text.* ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, vindicatio rei, condictio, actio furti, & damni injuria.

Vindicationem & condictionem) Condictionem intellige furtivam, quæ venditori datur, cùm res furto ablata est. Neutra harum actionum alii competit, quàm domino, ut videbimus *inf.* §. 1. *de act. &* §. *ult. de obl. quæ ex del.* Et hæc causa est, quod emptori in proposito competere non possunt, quippe qui dominus non est, ut mox sequitur.

Adhuc [illegible] dominus est) Venditor rei venditæ dominium retinet usque ad traditionem, *d. l.* 14. *pr. de furt. l. si ager.* 50. *de rei vind.* adeoque in universum ita jus est, ut non nudis pactis aut contractibus, sed traditionibus dominia rerum transferantur, *l.* 20. *C. de pact.* Quinimmo etsi res emptori tradita sit, dominium tamen à venditore non recedit, antequam ei satisfactum sit, *l. quod vendidi.* 19. *h. t.* §. *venditæ.* 41. *sup. de rer. div.* ubi hoc à nobis explicatum est.

Idem est de furti & damni injuriæ actione) Non solum condictio re vendita ante traditionem furto oblata, venditori competit, sed etiam pœnalis actio furti: non quod hæc actio soli domino detur; sed quia rem non emptori, sed venditori surreptam proponimus: alioqui omnibus ea actio datur; quorum interest rem salvam esse, si videlicet his ipsis surrepta sit. Et igitur cùm hic solus venditor actionem furti habeat, eam quoque mandari emptori debet, *d. l.* 14. *pr. l. si vend.* 80. *de furt.* Damni injuriæ actio lege Aquilia constituta est, qua omne damnum per injuriam datum vindicatur. Hæc actio soli domino regulariter datur, & ideo venditori quoque in proposito competit, & emptori cedenda est. De damno injuria dato agitur *inf. lib.* 4. *tit.* 3.

Textus.

De emptione conditionali.

4. *Emptio tam sub conditione, quàm purè contrahi potest. Sub conditione, veluti*, Si Stichum intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

Notæ.

4. *Tam sub conditione*) *L.* 7. *h. t. l.* 8. *de per. & comm. &c.* Potest & purè sic contrahi, ut sub conditione resolvatur, *l.* 3. *eod. l.* 6. *C. de resc. vend.* quo etiam pertinent duæ conventiones in hoc genere maximè celebratæ, quarum altera addictio in idem, altera lex commissoria dicitur, vid. *tit. de in diem addict. & tit. de leg. commiss.*

Commentarius.

1 *Emptione contractam sub hac conditione, si res emptori intra certum tempus placuerit, valere; non valere indefinitè ita contractam, si emptori placebit: & cur tam variè?*
2 *De retractu conventionali & legitimo remissivè.*
3 *In diem addictio & lex commissoria quomodo transfigantur?*

Contractuum omnium hoc commune est, ut non purè tantùm, sed etiam sub conditione iniri possint. At enim verò hujusmodi conditio, *Si res intra certum diem placuerit,* non

non temerè in ullo contractu, si venditionem exceperis, occurrit. In venditione autem frequens est: nemo enim facile aliquam rem emit, puta servum, equum, vinum, sine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cùm res ita venit, ut esset empta tot aureis, si intra decem dies emptori placuerit, in mercem quidem & pretium consensum est, sed obligatio conditione suspenditur; quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut si intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio constituta sit: sin minus, nulla videatur obligatio fuisse. Itaque non est contrarium, quod placet, hujusmodi emptionem non valere, *Quanti voles*, vel, *Si placebit*, habebis emptum, *l. quod sæpe. 35. h. t. l. 13. C. eod.* ita enim totus contractus confertur in meram & liberam, nulloque tempore circunscriptam voluntatem emptoris: quod fieri non potest, ne semper in potestate sit emptoris, utrum obligetur, necne, *l. 7. h. t.* At in casu nostro arbitrium emptoris non est perpetuum, sed conclusum intra certum tempus. Adde quod his formulis, *Quanti voles*; *Si placebit*, in arbitrio & voluntate emptoris ponitur ipsa substantia contractus, vel quod de substantia est, quod inutiliter fieri constat, *d. l. quod sæpe. 35. §. 1. & d. l. 13.* In casu autem hic proposito, ubi de re & pretio jam convenit, non de substantia negotii aut parte aliqua substantiali arbitrium emptori datur, sed de rei in conventionem deductæ qualitate dumtaxat, puta bonitate, colore, sapore, aut similibus accidentibus, quæ cum rei probatione improbationeve, arbitrio contrahentium permitti possunt, Gomez. *2. var. resol. 2. n. 19.* Porro ut sub conditione emptio potest contrahi, ita & purè sic contrahi potest, ut sub conditione resolvatur; cujusmodi conventionum exempla occurrunt sub *tit. C. de pact. int. empt. & vend.* Hujus generis conventio est, cùm ea lege res emitur, ut si intra certum tempus displicuerit, liceat reddere, *l. 3. h. tit. l. 6. C. de resc. vend. l. 4. C. de ædil. act.* adeoque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat: quippe qua conventione non perfectio contractus à voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio, *l. quod si nolit. 31. §. si quid. 22. de ædil. edict.* Gomez. *d. loc. & num. in fin.* Ejusdem generis est & pactum de retrovendo ut venditori hæredive ejus quandocumque, vel intra certum tempus pretium referenti res vendita restituatur, *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* & ibi DD. Estque hoc pactum, seu potius jus eo pacto quæsitum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur, nimirum ad differentiam retractus gentilitii seu legitimi, cujus olim vix usus, nunc frequens. De utroque retractu ex professo scripsit vir Jurisconsultissimus D. Andr. Tiraquellus. Legitimum nostro idiomate *Naesting* dicitur, quod jus quibus personis, in quas res, quibus in locis apud nos competat, docet D. Grot. *3. introduct. ad jurisp. Bat. c. 16.* consule porro Groenevv. *de ll. abrog. ad l. 14. C. de contr. empt. & ibi laudatos.* Duæ conventiones ex hoc genere præcipuè celebrantur, propriisque explicantur *tit. in π.* addictio in diem, & lex commissoria. Addictio in diem his verbis transfigitur: *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res à domino abeat, l. 1. & passim de in diem add.* Lex commissoria est, cùm quid ita venditur, ut, si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inempta, *l. 2. & pass. de leg. comm.* Utroque isto modo purè contrahitur emptio, & resolvitur sub conditione, nisi aliud disertè placuerit, veluti, si in addictione id factum est, ut perficeretur emptio, nisi melior conditio offeratur: tunc enim emptio conditionalis est. *l. 2. de in diem add. l. 1. & l. 2. de leg. comm.* Sed de his opulentius, favente Numine, tractatu proprio.

TEXTUS.

De emptione rei, quæ non est in commercio.

5. *Loca sacra, vel religiosa, item publica, (veluti forum, basilicam,) frustra quis sciens emit: quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua intersit, eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quarum rerum venditio rectè fiat, aut secus?*
2 *Quid juris, si uterque aut alteruter qualitatem rei ignoraverit?*

SIne re, quæ veneat, emptio intelligi non potest, *l. 8. h. t.* Res hæc ut plurimum certa est: nonnunquam tamen & incerta, ut cùm fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur, *d. l. 8. l. fistulas. 78. §. ult. eod.* cui non absimilis est quasi aleæ emptio, veluti cùm captus piscium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere

quod

quod capitur, emptoris commodum est, etiamsi decuplo pluris sit, quàm pretium constitutum: si nihil inciderit, emptor pretium constitutum nihilominus præstare cogitur, quia spei emptio est, *d. l.* 8. §. 1. *h. t. l. si jactum.* 12. *de act. empt.* Omnium autem rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio rectè fit: quas verò natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum nulla venditio est, *l. si in emptione.* 34. §. 1. *h. t.* Ratio perspicua est, quoniam in venditione hoc agitur, ut dominium transferatur, *l. cum manu.* 80. §. *ult. eod.* & utique saltem ad hoc obligatur venditor, ut præstet, rem habere licere, atque ut usucapiendi conditionem in emptorem transferat; quorum nihil in res commercio exemptas cadit. Est autem hìc quoque locus omnium contractuum communis: nam quæ commercio exempta sunt, in obligationem non magis rectè deducuntur, quàm quæ non sunt in rerum natura, nec esse possunt, §. 2. *sup. de inut. stip.*

2 *Frustra quis sciens emit.*) Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret, aut si solus emptor sciat rem, quæ venit, non esse in commercio, emptio planè nulla est, *l.* 6. *l. si in emptione.* 34. §. 2. *l. liberi.* 70. *h. t.* Sed & talis emptio liberi hominis improbata est, *cùm servus erit*: quamvis enim res futuræ emi possunt, tamen fas non est hujusmodi casus expectari, *d. l.* 34. §. 2. vid. *sup. d.* §. 2. *de inut. stip.* Illud quæritur, an si emptor sciverit qualitatem rei, venditor ignoraverit, pretium solutum condici possit? Bartolus in *l. cum lex.* 46. *de fidejuss.* putat, condici posse, *arg. l.* 11. §. *ult. de act. empt.* quod etiam placet Gomez. 2. *resol. num.* 50. contra Angel. & Fabian. de Monte. Quid juris sit, si res vendita aut pars ejus sit consumpta, puta domus vel tota vel ex parte combusta, docet Jurisconsultus in *l. domum* 57. *per tot. h. t.*

Deceptus à venditore, &c.) Si locus sacer, religiosus, publicus, aliave res, cujus commercium non est, pro profana aut privata ignoranti vendatur, placet, emptionem contrahi, *l.* 4. *eod.* sive venditor quoque conditionem rei ignoret, sive ille sciat, emptor ignoret solus, *l. liberi.* 70. *eod.* Cæterum explicandum hoc est ex Modestino in *l. qui officii* 62. §. 1. *eod. & hoc text.* nimirum in proposito non ita tenere emptionem, ut res ipsa debeatur, aut emptor possit agere ex empto, ut eam habere, tenere liceat, cùm res, quæ extra commercium est, haberi, possideri nequeat: sed hactenus tantùm, ut si venditor sciverit qualitatem rei, emptor ignorans possit adversus venditorem ex empto experiri, ut consequatur quod sua interest, deceptum non esse: ut perinde hic ex dolo suo venditor obligetur, ac si rem, quæ in commercio sit, vendidisset, doloque fecisset, quominus eam tradere possit; neque enim actio de dolo hìc desideratur, cùm sufficiat ex empto: quippe quia cùm res ipsa præstari nequit, emptor in id quod sua interest, experiri potest, *l.* 1. *l.* 11. §. *idem ait.* 9. *de act. empt.* Quod si nec venditor qualitatem rei sciverit, æquum est, hactenus saltem eum teneri, ut pretium, quod accepit, restituat. *arg. d. l.* 11. §. *ult. de act. empt. l. si fundus.* 33. *locat.*

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Dig. Lib. 19. *Tit.* 2. *C. Lib.* 4. *Tit.* 65. *& Lib.* 11. *Tit.* 70.

Continuatio. *Quid sit locatio, & in quibus differat ab emptione? Quotuplex sit, tum quæ res aut facta locationem recipiant?*

Secunda species contractuum, qui solo consensu perficiuntur, est locatio-conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptione & venditione; ac pene totus hic titulus consumitur in explicandis utriusque contractus similitudinibus & differentiis. Locatio-conductio est contractus, quo id agitur, ut pro usu alicujus rei aut operа personæ certa merces præstetur. Itaque inter emptionem & locationem hæc differentia est, & quidem principalis, quod in emptionem id agitur, ut dominium transferatur, id est, ut res tota cum omni jure ad emptorem transeat; in locatione, ut dumtaxat usus rei concedatur conductori. Ex quo porro & altera nascitur, quod emptio titulus perpetuus esse solet, locatio temporalis. Quinimmo non dominium modo apud loca-

torem remanet, *l. non solet.* 39. *hoc tit.* verùm etiam possessio, & conductor tantùm in possessione esse & rem detinere dicitur, §. 5. *infr. de interd. l.* 9. *de rei vind. l.* 3. §. *caeterum.* 12. *l.* 9. *de acquir. poss.* & passim alibi. Unde constitutum est, ut si conductor finito tempore conductionis pertinaciter recuset rem conductam restituere, moras usque ad definitivam sententiam nectens, tamquam invasor rei alienae, condemnetur ad rem ipsam restituendam, & insuper ad praestandam rei aestimationem, *l. pen. C. hoc tit.* quod an praxis horum temporum observet, postea videbimus. Ostendit definitio, duo esse genera locationis, rerum unam, alteram operarum seu factorum. Locari possunt res omnes, quae in commercio sunt, tam mobiles, quàm soli, etiam incorporales, ut ususfructus & habitatio, §. 1. *& penult. sup. de usu & habit.* servitutis tamen praedii nulla locatio est, *l. locare.* 44. *hoc tit.* Alienae quoque rei locationem valere placet, sed hactenus ut conductori ignoranti locator obligetur in id, quod interest, si dominus conductorem frui non patiatur, *l.* 7. *l. ex conducto.* 15. §. *pen. eod.* Facta non omnia locationem recipiunt, sed ea solùm, quae mercede aestimari possunt & solent: qualia sunt, exempli causa, tabulam pingere, insulam aedificare, aliquem aliquo vehere, *l.* 5. §. 2. *de praescr. verbor.* At verbi causa servum manumittere, tale factum non est, quod mercede aestimetur: ideo si tibi decem dem, ut servum manumittas, non est locatio, *d. l.* 5. §. 2. cui accedit, quod contra finem hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud est, si rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promissa, *l. rogasti.* 19. §. 1. *de praescr. verbor.* Opera agrimensoris beneficium reputatur, & quod rependitur, non merces, sed remuneratio & honorarium: & ideo veteres crediderunt, cum tali persona locationem & conductionem non esse, *l.* 1. *si mens. fals. mod. dix.* De opera advocati, medici, caeterisque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem statuendum.

TEXTUS.

Collatio emptionis, & locationis. De mercedis conventione.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit, Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit; sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit. Et competit locatori quidem locati actio, conductori verò conducti.

COMMENTARIUS.

1 *Communia emptionis & locationis.*
2 *In locatione operarum diverso respectu eundem & locatorem dici &, conductorem.*
3 *Circa locationem agrorum quaedam singularia apud Hollandos constituta: & an dispositio* l. pen. C. hoc tit. *in praxi hodierna servetur.*

Locatio & conductio finitima est emptioni & venditioni, iisdem fere juris regulis 1 continetur, *l.* 2. *h. t.* Nam ut sine re, quae veneat, nulla est emptio, ita sine re aut opera, quae locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio solo communi consensu de re & pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei & mercede convenerit. Merces responderet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemadmodum pretium rei venditae certum esse debet saltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia numerata consistit, ita & merces rei aut operae conductae. Ut nulla venditio est, quae donationis causa fit, aut cùm dicis gratia res venditur uno nummo ita nec ulla conductio est, quae donationis instar inducit, *l. si quis* 46. *h. t.* Ut illic, ita etiam hic ex bona fide omnia exquiruntur, nec dubitandum est, quin beneficio *l.* 2. *C. de resc. vend.* etiam locus, fit in locatione & conductione. DD. comm. *in d. l.* 2. Denique interdum propter similitudinem vix emptio & locatio internosci possunt. Quae omnia certius postea intelligentur.

Si merces constituta sit) Duplex hìc indicatur convenientia locationis & conductionis cum emptione & venditione. Prima est, quod conveniunt causa efficiente, id est, quod nuda consentientium voluntate contrahuntur, nec aut litterae, aut rei alicujus praestatio ad constituendam obligationem desideratur, *l.* 1. *h. t.* Altera, quod ex parte conveniunt in materia: nam ut in emptione pretium constitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quae non alia differentia est, quàm quod aestimatio totius rei, quae fit in emptione, pretium dicitur; aestimatio usus rei, quae in locatione fit, merces: quae tamen quoniam nihil aliud est quàm pretium usus, & ipsa saepe pretium appellatur, *l. quod si.* 28. §. 2. *l. ea lege.* 51. §. 1. *l. insulam.* 58. *pr. h. t. l. ult.* §. *ult. de leg. Rhod. l.* 10. *in fin. de acq. poss.* In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet, & pensio dicitur, *l. ex conducto.* 15. §. 4. *l. sed*

l. sed addes. 19. §. 1. §. *si quis.* 6. *l. quæro.* 54. *h.t.* Utrum autem ut pretium rei venditæ, ita & merces locationis in pecunia numerata consistere debeat, an in aliis quoque rebus consistere possit, dicam inferius sub §. 2. *hoc tit.*

Locatori locati actio, conductori conducti) Uti in emptione simul atque de pretio convenit, emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque, ita in locatione simul atque de mercede pro usu & opera convenit, competit locatori actio locati, conductori conducti, ambæ directæ. In contractu emptionis facile discerni potest, uter emptor, uter venditor sit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus. In locatione rerum res certa est: nam is semper hic locator est & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præstat. At in locatione operarum non tam facile id dignosci 2 potest. Interdum enim qui operas præstat, & mercedem accipit, locator dicitur; cui præstantur operæ, & qui mercedem dat, conductor, *l. sed addes.* 19. §. *pen. l. item si* 22. §. 2. *l. qui operas.* 38. *h. t. l.* 1. *de æstim. act.* Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præstantur; conductor, qui accepta mercede operam præstat, *l.* 11. §. *pen. l.* 13. §. 1. 2. *&* 3. *d. l. sed addes.* 19. §. *si quis.* 7. *d. l. item si.* 22. §. 2. *l. si merces.* 25. §. *pen. & pass. h. t.* Sed dicendum est, in hac specie locationis diverso respectu eumdem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis idem fit operæ locator; & locator operis idem operæ conductor: quam distinctionem subministrat *d. l. item si* 22. §. 2. *h. t. & d. l.* 1. *de æstim. act.* Per opus autem intelligo quemvis fructum operæ, v. c. si quis se erudiendum locet magistro aut artifici, vel vehendum aurigæ. Ædium conductor specialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, vectigalis publi-3 canus vel manceps veteribus dicitur. Vinn. Sæpe quis locator, quisve conductor fit, ex eo judicandum, à quo contractus incipiat: quippe qui locare dicitur. vid. *l.* 19. §. 9. junct. *l.* 22. *ff. h. t.* Cujac. *observ. lib.* 2. *cap.* 28. Si ne sic quidem res ad liquidum perduci potest, actione præscriptis verbis experiundum *l.* 1. §. 1. *ff. præscr. verb.* Hein. Apud nos locatio agrorum non procedit sine interventu instrumenti aut publici aut privati, nec absque instrumento locationis ullo colono jus est agro conducto frui. Extat de ea re constitutio Caroli Principis edita an. 1515. confirmata *art.* 30. *ord. polit.* Præterea scribit D. Grotius. *lib.* 3. *manuduct. ad Jurispr. Bat. c.* 19. instrumento super locatione fundi non confecto, locationem non tantum nullius esse momenti, verùm etiam colonum, hæredemve ejus aut conductorem, in jus vocatos, & contra domini voluntatem manentes in detentione & fruitione rei, usque dum lis contestetur, præterquam quod rem ipsam domino restituere, impensas refundere, damnum omne sarcire compelluntur, etiam multari in dimidiam partem pretii rei conductæ, quamvis postea parati sint dominium admittere. Quod si in detentione pertinaciter perseverent usque ad sententiam definitivam, tunc suæ quasi invasionis hanc pœnam pati, ut post restitutionem rei, damnique omnis & impensarum refusionem, in totius insuper rei æstimationem damnentur. Quæ quidem omnia etiam *art.* 33. *de ord. polit.* continentur. Sed in desuetudinem jam dudum habuisse, asserit Groenevv. *de ll. abrog. ad l. pen. C. de locat.* Constitutio quoque Caroli hujus pœnæ non meminit, sed jubet, in casu proposito conductores severiter arbitrio judicis puniri aut multari, habita ratione qualitatis personæ & facti. A Zenone sanè in genere constitutum est, ut conductores, qui finito tempore conductionis contra domini voluntatem usum rei conductæ retinent, atque in jus vocati rem domino petenti ante sententiam definitivam non restituunt, cogantur præter rem ipsam etiam æstimationem rei victori domino tamquam invasores præstare. Cæterum in praxi Galliæ, & supremæ Curiæ Mechliniensis hoc non observari, conductoremque hoc casu teneri dumtaxat ad damna & interesse, notat Christin. *vol.* 3. *decis.* 109. *n.* 2. *& decis.* 118. *n.* 5. *& seqq.* & Autumn. *ad d. l. pen. c. de locat.* quamvis insuper etiam judicis arbitrio multari possit.

Textus.

De mercede collata in arbitrium alienum.

1. *Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum in-*

inter eos convenerit, non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.

NOTÆ.

1. *Fulloni polienda*) Gloss. vest. λαλνμιά κιαττια. Officium fullonis est polire, curare, lavare, *l.* 31. *h. t. l.* 48. §. 4. *l.* 82. *de furt. l.* 2. *de cond. fin. ca.* Plin. 37. *c.* 17.

Non propriè locatio) Sed novum negotium à locatione separatum proprium nomen non habens: & ideo hic recurrendum ad actionem præscriptis verbis, *l.* 1. *l.* 2. & 3. *junct. l.* 22. *de præscr. verb.*

COMMENTARIUS.

1. *Actio præscriptis verbis unde dicta?*

SI alieno arbitrio pretium) Emptio & locatio in hoc quoque conveniunt, quod uti in illa pretium, ita in hac merces in arbitrium certæ personæ, puta L. Titii, conferri potest: hoc scilicet effectu, ut si quidem Titius mercedem definiverit, contractus ratus habeatur; sin minus, nullius momenti sit, *l. si merces* 25. *pr. h. t. l. ult. C. de contr. empt.* Huc accommodanda sunt, quæ notamus sub §. 1. *præc. tit.*

Nulla statim mercede constituta) Quemadmodum ad contrahendam emptionem opus est, ut pretium statim seu initio contractus constituatur, & quidem certum saltem per relationem; ita quoque ad contrahendam locationem necesse est, ut protinus constituatur certa merces; mercede initio non constituta, quasi deficiente parte hujus contractus essentiali, in aliud negotium res incidit. Et siquidem gratis usus rei concedatur, commodatum est: si gratis suscipiatur opera, mandati obligatio: si neutrum gratis fiat, sed ex mercede, quæ postea constituetur, contractus innominatus, *Facio ut des.* Et ideo præscriptis verbis agendum est, *l. si tibi.* 22. *de præscr. verb.* §. 2. *in fin. sup. quib. mod. re contr. obl.* §. *ult. infr. de mand.*

1 *Actio præscriptis verbis*) Ad quam confugere necesse est, quoties deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, aut contractus existunt, quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, *l.* 1. & 3. *seqq. de præscr. verb.* Dicta est actio præscriptis verbis, ut multis doctis viris placere video, ex eo, quod præscriptis verbis rem gestam demonstret, & eadem demonstratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest ex rescripto Alexandri, quod est in *l.* 6. *C. de transact.* ubi Jurisconsultissimus Imperator hac ipsa circumlocutione actionem hanc describit: *Aut enim*, inquit, *stipulatio conventioni subjecta est, & ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Ob eamdem quoque caussam hæc actio dicitur in factum, *l.* 1. & *pass. de præscr. verb.* Et interdum plena oratione præscriptis verbis in factum, *l. Titius.* 24. *d. tit.* Alia Francisci Hotomanni conjectura est. VINN. Contractus nominati habebant certum nomen, certamque caussam. Unde non opus erat, ex iis acturis, factum, quod inter contrahentes intercesserat prolixe enarrare: sed sufficiebat, modo genus contractus nominaretur: e. g. *AJO TE MIHI EX MUTUO DARE CENTUM OPORTERE.* Prætori enim jam notum erat, quale illud factum sit, quod inter creditorem & debitorem intercadere soleat. Ast in contractibus innominatis factum erat enarrandum, e. g. *AJO TE MIHI MERCEDEM, DE QUA INTER NOS CONVENERIT, OB POLITA VESTIMENTA TUA DARE OPORTERE.* Hinc dicitur actio incerta, *l.* 6. *C. de rer. permut.* incerti, *l.* 7. §. 2. *ff. de pact.* in factum, *l.* 13. §. 1. *l.* 22. *fin. ff. præscr. verb.* &, quia formulæ hujusmodi actionum à JCtis præscribi solebant, præscriptis verbis. Vid. Val. Max. *lib.* 7. *cap.* 2. & *Antiqu. nostras Rom. lib.* 4. *tit.* 6. §. 32. HEIN.

TEXTUS.

In quibus rebus merces consistat.

2. *Præterea sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur, ita quæri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam, sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus. Veluti si cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit; neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio: quia non fuit commodatum gratuitum, verùm præscriptis verbis agendum est.*

NOTÆ.

2. *Placuerit inter eos*) Et unus à sua parte conventionem impleverit, id est, bovem suum per denos dies commodaverit: nam si conventio placiti tantùm fine sterit, nudum pactum est, ex quo jure nostro actio non datur, *leg.* 7. §. 2. & 4. *de pact. leg.* 27. *C. de lo-*

locat. leg. 3. *C. de rerum permutatione.*

Præscriptis verbis agendum) *D. l.* 17. §. 3. *de præscript. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recensent Paul. *l.* 5. *d. t. Do, ut des; Do, ut facias; Facio, ut des; Facio, ut facias*, ad postremum videtur species proposita pertinere.

COMMENTARIUS.

1 *Non magis pretium seu mercedem locationis, quàm pretium emptionis in alia re consistere, quàm in pecunia numerata.*

2 *Ad* l. si olei. 21. C. hoc tit.

Etiam hic locus pertinet ad ostendendam affinitatem, quæ locationi cum emptione intercedit. Quærebatur olim, an rerum permutatione emptio & venditio contraheretur; & pari de causa an mutuo rerum usu ad tempus concesso contraheretur locatio & conductio? Placuit autem, nec illic emptionem esse; quia pretium non intervenit; nec hic esse conductionem; quia non intercedit merces, *l. si convenit.* 23. *comm. divid. l. si gratuitam.* 17. §. 3. *de præscr. verb.* Atque omni- 1 modo credibile est, ob eamdem rationem, ob quam illic negatur intervenire pretium, negari hic intercedere mercedem; nimirum quia nec pretium emptionis, nec merces locationis in alia re consistere potest, quàm in pecunia numerata. Id quod efficere mihi videtur pretii & mercedis similitudo, atque eadem planè utriusque ratio. Utrumque enim æstimatio est, alterum rei totius, alterum temporanei usus: quæ tamen æstimatio & ipsa revera nihil aliud est quàm pretium, eoque nomine etiam frequenter à nostris appellatur, ut superius demonstrabimus. Jam verò constat, res omnes æstimari pecunia; extra pecuniam rem unam æstimationem aut pretium alterius non esse, ac ne fungibilem quidem; ac proinde cùm in utroque contractu aliquid æstimandum veniat, in emptione res ipsa, in locatione usus rei, ratio exigere videtur, ut non minus in hac, quàm in illa, pretium nummarium intervenire oporteat; quod etiam multis auctoritatibus confirmari potest. Ulpianus in *l. si convenerit.* 25. *comm. div.* scribit, si inter socios convenerit, ut alternis annis fructum perciperent, locationem non esse, propterea quod nulla merces intercesserit. Idem in *l.* 1. §. *si quis.* 9. *depos.* negat, locationem esse, ubi pecunia non datur: in *l.* 5. §. 2. *de præscr. verb.* emptio & locatio in eo convenire dicuntur, quod in utroque contractu pecunia intervenit. Facit huc *l. si merces.* 25. §. *vis major.* 6. *hoc tit.* junct. *l. si apes.* 26. §. 1. *de furt.* Quibus locis colonus partiarius opponitur colono vero, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Postremo huc faciunt loci, in quibus simpliciter pecuniæ, nummorum pretii mentio fit. Un in *l. quod si.* 28. §. 2. *l. si quis.* 46. *l. si decem.* 52. *l. insulam.* 58. & *pass. hoc tit. l.* 1. *in fin. mand.* Neque hic excipere quis potest, omnibus istis locis appellatione pecuniæ res quasvis, aut certè fungibiles etiam significari: nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & signatam pecuniam designat, *l.* 7. §. 3. *de senat. Maced.* Et cùm rebus aliis opponitur, semper pro nummis accipitur: appareteque ex universa disputatione Jurisconsultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam à contractibus innominatis naturam. Unus maximè locus est, qui Corasium *lib.* 2. *misc.* 11. Pinell. *ad l.* 2. *C. de resc. vend. part.* 2. *rubr. cap.* 3. *num.* 29. aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re consumptibili consistere posse, videlicet, *l. si olei.* 21. *C. hoc tit.* Sed dupliciter responderi potest; primum cum Saliceto proponi in *d. l.* 21. casum, quo fundus locatus est certa quantitate fructuum in eo fundo nascentium, olivetum scilicet certa ponderatione olei. Etsi autem tale negotium à natura locationis, quæ pecuniam numeratam desiderat, nonnihil recedit; tamen ex æquitate & communi contrahentium usu receptum videri, ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tamquam mercede, utenda data sit, hujusmodi contractus pro locatione & conductione habeatur: & sunt hoc genus coloni non absimiles colonis partiariis, excepto eo quod coloni partiarii incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt, & quasi societatis jus cum domino fundi habent, *l. si merces.* 25. §. *vis major.* 6. *hoc tit.* Deinde responderi potest, vice pecuniæ seu mercedis aut pretii in pecunia constituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto præstari posse salvo contractu, *l.* 9. *C. de resc. vend. l. sed addes.* 19. §. 3. *l.* & *hac* 35. *in fin. hoc tit.* Atque ad ejusmodi casum *d. l. si olei.* 21. pertinere. Etsi enim fundus is proponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, necessario mercedem initio non fuisse constitutam in pecunia numerata. Quippe non est novum, ut, quod postremum placuit, solum exprimatur, quasi quod maximè spectatum fuit. Idem responsum esto *ad l.* 8. & *ad d. l. excepto.* 17. *C. eod.* Ita sentiunt Glossa, Bart.

Bart. & comm. DD. *in d.l.* 5. §. 2. *de præscr. verb.* & *d.l. si olei.* 21. *C. hoc tit.* Gomez. 2. *resol.* 3. *n.* 3. Fachin. 1. *controv.* 82. Christin. *vol.* 3. *decis.* 109. *num.* 12. ubi etiam arresto supremæ Curiæ Mechlin, hanc sententiam confirmatam refert. D. Tuldenus *comm. hic, cap.* 4. cum D. Busio *ad l.* 2. *hoc tit.* distinguit inter locationem operarum & rerum, quasi illic merces in pecunia tantùm, hic etiam in alia re constitui possit: quod etiam ante eos tentavit Greg. Lopez. 1. *animadvers.* 15. distinguens inter locationem fruendi & faciendi. Sed hæc distinctio duplici vitio laborat. 1. quod juxta eam etiam pro mercede domus locatæ res fungibilis solvi possit. 2. quod pro mercede fundi locati, etiam alterius generis fructus. Et cur igitur non item pro locatis operis aliud, quam pecunia?

Sed proprium genus contractus) Si covenerit tantùm, ut res ultro citroque utendæ darentur, nudum hoc pactum est simile placito permutationis: ex cujusmodi pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi causa subesse cœpit, id est, ubi unus à sua parte conventionem implevit, συνάλλαγμα esse incipit seu contractus, & alter efficaciter obligatur, *l. juris gentium.* 7. §. 2. & §. 4. *de pact. l.* 3. *C. de rer. permut.* quemadmodum in proposito si unus bovem suum per denos dies secundum conventionem ad opus faciendum concesserit. Accedit hic contractus prope ad locationem & commodatum propter usum rei, qui in his omnibus conceditur: sed tamen neque locatio est, quia merces non intervenit; neque commodatum, quia placuit mutuum usum præstari: commodatum aut debet esse gratuitum, §. 2. *in fin. sup. quib. mod. re contr. oblig.* verùm est species contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id est, præscriptis verbis competit, *l. si gratuitam.* 17. §. 3. *de præscr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenset Paulus *l.* 5. *d. tit. Do, ut des*; *Do, ut facias*; *Facio, ut des*; *Facio, ut facias*; ad postremum videtur species proposita pertinere.

TEXTUS.

De Emphytheusi.

3. *Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio; ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque hæredi ejus, cuive conductor hæresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: & siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc siquidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin autem particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.*

NOTÆ.

3. *Perpetuo fruendo.*) Jus emphyteuticum natura sua perpetuarium, *l.* 1. *C. de off. com. sac. pal. l.* 1. & 3. *C. de loc. præd. civ. lib.* 11. ex conventione tamen temporalium esse potest, *l. ult. si ag. vect.* modo ne ad modicum tempus constituatur, *arg. l.* 1. §. 3. *de superfic.*

Id prædium vendiderit) Cæterum cùm vendere cupit, domino prius offerre debet emendi prærogativam, juxta dispositionem *l.* 3. *C. de jur. emphyt.* alioqui jure suo cadit. In donatione autem idem postulari non nisi iniquè potest. Planè inductio & honorarium (quod barbarè laudemium,) in omni alienatione necessaria, *d. l.* 3. *circa fin.*

Lex Zenoniana) Originem autem à Zenone non trahit; vid. Hotom.

Siquidem aliquid pactum) Pactiones in emphyteusi servandæ tam quæ fiunt circa ipsam emphyteusim, quàm quæ circa personam emphyteutæ, ejusque rejectionem, *l.* 2. *Codice eod.* Si nihil aliud nominatim cautum, tum si emphyteuta triennium integrum pensionem solvere cessarit, jus suum ei adimi potest, *d. l.* 2. In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem*, *C. de SS. Eccles.*

COMMENTARIUS.

1 *Contractus emphyteuticus quid, & cur dubitatum olim, pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda esset?*
2 *Origo hujus contractus & progressus, unde nomen emphyteuseos, & utrum etiam in ædibus consistat?*
3 *Jus emphyteuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo, quod actum est.*
4 *Falli, qui in contractu emphyteutico solo consensu jus prædii transferri putant.*

5 *Præs-*

5 *Præstationem canonis partem esse hujus contractus essentialem: & quanto tempore emphyteuta, non soluto canone, jure suo cadat? aliaque in foro agitata.*

6 *Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit? Et quid hìc juris apud Batavos?*

7 *Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone acceperit?*

8 *An ad substantiam hujus contractus scriptura necessaria?*

9 *Contractus censualis & emphyteuticus quomodo differant?*

10 *An emphyteutæ similiter remissio canonis, ut conductori mercedis, in casu insolitæ sterilitatis præstanda?*

SUnt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit, utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda sint. Cujus generis duo Justinianus profert. Unum hoc §. alterum §. seq. Quod hoc §. proponitur, est contractus emphyteuticus, & tale: Dominus prædium suum alicui habendum & fruendum in pertuum tradidit, certa pensione in singulos annos constituta ea lege, ut quamdiu pensio domino solvetur, tamdiu neque ipsi colono, neque iis, qui in locum ejus successerunt, prædium auferri possit. Dixeris, hìc esse venditionem, si spectes id quod agitur de re transferenda; hoc enim agitur ut plenissimum jus utendi, & veluti dominium quoddam in perpetuum transeat, quod & in hæredem & in alium quemvis liceat transferre: unde etiam ei, cui hoc jus constitutum est, utilis in rem actio contra quemcumque possessorem competit, *l.* 1. §. 1. *si ag. vect.* Rursum dixeris, esse locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet: item si spectes pensionem annuam; talis enim constituitur pro usu rei in locatione, cùm in venditione unum pretium statuatur semel solvendum. Sed Zeno hanc disputationem sustulit, voluitque, hujusmodi conventionem propriam esse speciem contractus ab emptione & locatione distinctam.

2 *De prædiis, quæ traduntur perpetuo fruenda*) Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui, quod colonum non reperirent, propter sumptus, quod in illorum cultura atque insitione, seu, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri necesse erat, in perpetuum, aut certè ad longissimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & consererentur, idque modica pensione, quæ veri domini memoriam conservaret; quamquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem cõditione locari cœperint. Hi agri emphyteutici appellati sunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno nomine emphyteusis, à verbo Græco ἐμφυτεύω, quod Latinis est, *insero, implanto.* Dicuntur & agri vectigales, à vectigali, id est, pensione seu canone, qui à possessoribus solvitur. Nam vectigal quemlibet reditum significat. Cicero in *paradox.* 6. *Ex tenui meo vectigali aliquid etiam redundat.* Cæterum usu veterum ferre soli agri publici ista conditione locati vectigales appellantur, *l.* 1. *si ager vectig.* Quæsitum est, an in ædibus emphyteusis consistere possit. Nonnulli negant, quoniam lex insitionis, quæ est de originaria essentia hujus contractus, in ædibus locum non habet. Sed verius est, etiam in ædibus tale jus constitui posse, *auth. si quas ruinas. C. de SS. Eccles. l.* 15. §. *si de vectigalibus.* 26. *de damn. infect.* Ait, *perpetuo fruenda.* Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, *l.* 1. *C. de offic. com. sac. palat.* & emphyteutæ perpetuarii conductores, *l.* 1. & 3. *C. de locat. præd. civil. lib.* 11. quamquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modicum sit, *l. ult. si ag. vect. l.* 1. §. 3. *de superfic.* Vinn. In jure nostro promiscuè accipiuntur agri vectigales & emphyteutici: *rubr. tit. si ag. vect. id est, emphyt. pet.* Alias tamen illi his patent latius. Vectigales erant Romanis omnes etiam culti publici, qui hostibus erepti, vel inopi plebi militibusve ex legibus agrariis dividebantur, vel aliis in perpetuum locabantur, constituto annuo vectigali. Ejusdem generis agros habebant municipia, ex quorum reditibus ædes sartæ tectæ servabantur, aliaque onera municipiorum ferebantur. Et hi quoque aliis in perpetuum locati vectigales dicebantur, de quibus proprio titulo Digestorum paullo ante laudato agitur. Vig. *l.* 1. *ff. si ag. vect. id est, emphyt. pet.* Quum vero & agri inculti & novales hac lege locari solerent, hi speciatim dicti sunt emphyteutici, qui & in eo differebant à vectigalibus, quod quum his vectigal, quod in frumento consistebat, imponi soleret; hìc pensio annua & quidem satis tenuis exigeretur. Ast postea & agri culti, immo & ædes & prædia sub lege emphyteutica dari cœperant. Multa quæ ad agrorum vectigalium atque emphyteuticorum originem pertinent eruditè ex Romanis Antiquatibus explicavit V.C. Petrus Burmann. *de Vectigal. Pop. Rom. c.* 1. 2. & 3. Hein. Cæterum ut emphyteusis constituta cen-

3

sea-

featur, id non æstimandum ex tempore, sed ex ipsa conventione, & ex eo, quod actum est. Wesemb. *par. bir,num.* 8. D. Bronc. 2. *assert.* 67. Nam locatio quantivis temporis non est modus transferendi dominii, *l. non solet.* 39. *boc tit.* D. Joan. à Sande *lib.* 3. *tit.* 6. *defin.* 10. *circa fin.* Sanè non est assentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quæ lustrum egrediunt, constituere jus emphyteuticarium. Absurdum enim est, ei, qui ad sex aut septem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti possidetis, jus alienandi, servitutem imponendi, novum opus nuntiandi; quæ omnia emphyteutis concessa esse constat. Ait, *quæ traduntur.* Rectè interpretes statuunt, ante traditionem prædii jus reale seu utile dominium in emphyteutam non transire, proinde nec actionem in rem ei antea competere, sed in personam tantùm. Etenim conventionum & contractuum non hæc natura & vis est, ut rem aliquam aut jus aliquod immediatè nostrum faciunt, sed ut alium nobis ad aliquid dandum aut præstandum obstringant dumtaxat, *l.* 3. *de obl. & act.* junct. *l. contraditionibus.* 20. *C. de pact.* adeoque perspicuè falluntur, qui existimant, peculiare esse in hoc contractu, ut solo consensu jus prædii transferatur, & in rem actionem colonus acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum separavit ab emptione & locatione, & per se firmum esse voluit; sed non constituit, ut contra communem contractum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem transiret.

Quamdiu pensio præstetur) Præstatio pensionis seu canonis pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati dominii, in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur, non licet domino, expulso emphyteuta, agrum auferre. Quod si emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum is jure suo volente domino cadit, nisi quid secus privata pactio suadeat, *l.* 2. *C. de jur. emphyt.* In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem. C. de SS. Eccles.* Enimverò si dominus post cessationem tanti temporis canonem elapsum sine protestatione receperit, renuntiasse caducitati videtur, per *l. pen. d. leg. commiss.* Guid. Pap. *quæst.* 171. Clar. §. *emphyteusis. quæst.* 10. Anton. Fab. *C. suo, hoc tit. defin.* 16. Perez. *in C. hoc tit. in fin.* D. Grot. 2. *introduct.* 40. Quin etiam etsi cum protestatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapsum post tempus, quo res in commissum cecidit, nihil tamen hoc dominum juvat. Clar. *d. quæst.* 10. Fachin. 1. *contr.* 99. Christin. *vol.* 3. *decis.* 121. *num.* 9. Sed & celeri satisfactione ex æquitate juris Canonici etiam in emphyteusi civili moram purgari posse, arg. *cap. ult. x. de locat.* censet idem Clar. *d.* §. eoque jure nos quoque uti scribit Grot. *d. loc.* & ita judicatum refert Coren. *obs.* 22. quamvis communis sententia sit, emphyteutam privati moram purgare non posse. Clar. *d. loc.* Sichard. *ad l.* 2. *n.* 20. *C. hoc tit.* Fachin. 1. *contr.* 98. secundum quam judicatum refert Afflict. *decis.* 174. ad Christin. *vol.* 1. *decis.* 175. Quæritur autem, an dominus emphyteutam propter canonem triennio non solutum propria auctoritate expellere possit. Quod omnino negandum est, per *l. non singulis.* 176. *de reg. jur. l.* 7. *C. unde vi.* vid. Clar. *d.* §. *q.* 11. Sichard. *d. loc. num.* 16. Fachin. *d. lib.* 1. *contr.* 95. Loci, qui de expulsione loquuntur, intelligendi de expulsione legitima, quæ fit auctoritate judicis. Grot. *lib.* 2. *intr. c.* 40. Coren. *obs.* 5. Mornac. *ad l.* 2. *C. de jur. emphyteut.*

Vendiderit, aut donaverit) Emphyteuta non solùm possidendi & fruendi jus habet, sed etiam alienandi potestatem. Et vendendi quidem etiam, cui velit: cæterum oblata prius domino emendi prærogativa; alioqui jure suo cadit. Placet autem, dominum extraneo emptori præferri, dum intra duos menses à facta denuntiatione tantumdem offerat, *l.* 3. *vers. sed ne hac. C. hoc tit. de jur. emphyt.* Donandi verò vel cum alio permutandi etiam domino irrequisito. Utique tamen tenetur domino significare, donare se aut permutare velle, quo dominus novum emphyteutam, accepto laudimio, quæ pars est quinquagesima pretii fundi, in possessionem admittat juxta *d. l.* 3. *in fin. & ibi* Jas. *col.* 14. *& seq.* Sichard. *d. num.* 19. *& seq.* Prolixius hæc executio *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 2. Apud nos extra specialem conventionem, aut contrariam consuetudinem, passim usu servatur, ut emphyteuta jus suum etiam vendere irrequisito domino possit. *Dec. Cur. Holland.* 59. sed habet dominus jus προτιμήσεως, seu retractus, eoque uti potest intra annum, ex quo scire cœperit, prædium esse alienatum. Grot. 4. *introduct.* 40. ubi etiam refert, quibusdam in locis observari, ut alienato jure aut per successionem transeunte, canon pro eo tempore duplicatus vice laudimii solvatur. VINN. Verè ergo domino tantum competit jus προτιμήσεως, adeoque errant, qui hic longum tractatum instituunt de feudo sine consensu domini non alienando. Feudi enim dominus alienationem potest prohibere, quod non

non poteſt dominus emphyteuſeos: quamvis ei futura alienatio denuntianda ſit, ut poſsit ſecum ſtatuere, ipſe ne jure προτιμήσεως uti, an extraneo emptori fundum concedere malit. Hein.

Lex Zenoniana lata eſt) Zeno *l. 1. C. hoc tit.* conſtituit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis titulis, adjiceretur, ſed tertium hoc jus eſſet, ab utriuſque memoratorum contractuum ſocietate ſeparatum: utque conceptionem ac definitionem haberet propriam juſtuſque eſſet ac validus contractus, ex quo in poſterum actione propria emphyteuticaria, non ex empto aut 7 conducto, amplius ageretur. Unde interpretes noſtri inferunt, contractum emphyteuticum eſſe creaturam Zenonis; ac proinde non juri gentium, ſed civili Romanorum attribuendum eſſe. Quod probare non poſſum. Etenim non ordine temporum, ſed ratione hæc diſtingui oportet. Quicquid enim ejuſmodi eſt, ut ab aliquo excogitatum & inſtitutum moveat omnium opinionem de ſe, quaſi ad uſum vitæ communis conducens, id juri gentium adſcribi debet, vid. *ſup. de jur. nat. gen.* ubi demonſtramus, non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri. In hoc autem genere ſunt etiam locationes perpetuæ, quippe quas non minus quàm temporales omnes gentes ſibi communes fecerunt. Emphyteuſis verò nihil aliud eſt quàm in perpetuum vel bene longum tempus facta locatio. Sed nec illud verum eſt, contractum emphyteuticum eſſe creaturam Zenonis, ac ne illud quidem omnino, à Romanis originem habere. Sibylla Cumana antiquior eſt, per ea, quæ legimus apud Moſen *Geneſ.* 74. *verſ.* 24. & *ſeqq.* Joſeph. 2. *Ant. Judaic.* 4. Ariſtot. 2. *Oeconom.* Zenonis autem lege aliud effectum eſt, quàm ut hic contractus, cùm antea dubitaretur, emptioni an locationi aggregandus eſſet, ſeparatam ab utraque illa conventione haberet naturam. Itaque non novam contractus ſpeciem Zeno fecit; ſed eam, quæ ſub emptione & locatione continebatur, quaſi grana ex ſpicis excutiens detexit, ut diſputat Coraſ. 1. *miſc.* 21. *num.* 4. Planè ſi vera eſt communis DD. 8 opinio, ex lege Zenonis ad conſtitutionem & ſubſtantiam contractus emphyteutici neneſſariam eſſe ſcripturam, (quæ opinio probari videtur verbis legis, *ſcriptura interveniente*,) juri civili hic contractus adſcribi poteſt: non utique mero, ſed mixto, arg. *l. 6. de juſt. & jur.* Sed multi tamen cenſent cum Gloſſ. non prohiberi fieri ſine ſcriptis, licet dicatur fieri in ſcriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo ſcripturæ mentionem facere, eamve requirere, quod ſine ea nolit contractum ſubſiſtere; ſed quia ad probationem rei geſtæ in hoc contractu neceſſaria eſt; cujus alioqui fides decurſu temporis, ad quod extenditur; vacillare poteſt, mortuis iis, qui teſtes adfuerant. Connan. 7. *comm.* 12. Perez. *C. hoc tit. num.* 2. Addunt alii, perpetuum non eſſe, quod duo ablativi abſolute poſiti conditionem contineant, ſeu ut vulgo loquuntur, cauſam importent finalem, §. 1. *ſup. de teſtam. mil. l.* 24. *eod.* Denique eſſe hunc contractum bonæ fidei, ad cujuſmodi contractus ſubſtantiam ſcripturam deſiderari non ſit credibile. Sed & uſus communem opinionem reprobat, teſtibus Bart. & Angel. *in d. l.* 1. *hoc tit.* Pariſ. *lib.* 3. *conſ.* 177. *num.* 16. & *ſeqq.* Socin. *conſ.* 169. *num.* 12. Roland. à Val. *conſ.* 87. *num.* 11. & nominatim de moribus noſtris teſtatur Grot. 2. *introduct.* 40. Clarus tamen *d.* §. *emphyteuſis. quæſt.* 4. negat, conſuetudinem iſtam eſſe generalem, ac proinde melius ac tutius fore, ut in praxi adhæreamus opinioni communi; utique iis in locis, ubi contrarium conſuetudine receptum non eſt: quod & ſupremam Curiam Mechlinienſem aliquando cenſuiſſe refert, D. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 1. 119. *n.* 5.

Neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem) Horum verborum non hic ſenſus eſt, poſt conſtitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione & locatione nihil commune habere cœpiſſe: ſed cœpiſſe ſpecialem contractum, peculiarem & diſtinctam habentem naturam ab emptione & locatione, cum quibus antea confuſius erat; atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut antea ex empto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluiſſe credendum eſt, quod efficere non potuit, ne ſcilicet contractus hic ſimilitudinem quamdam cum illis duobus retineret, & hactenus ad utrumque inclinaret. Simillimus, ut obiter hoc dicam, contractui emphyteutico eſt contractus cenſualis. Sed hoc intereſt, quod etiam 9 verum & directum dominium in cenſuarium transfertur, cùm illud in conſtitutione emphyteuſios apud conſtituentem maneat. Itaque cenſum ſolvimus, non ut emphyteutæ in recogitationem dominii de re aliena, ſed de re noſtra: & ideo qui cenſum recipit, jus caducitatis ob ceſſationem non habet. Jo. Fab. *ad hunc* §. *circa fin.* Jaſ. *in l. 1. C. de jur. emphyt. n.* 39. *D. præſ. in loc. ab emphyteuſi ad cenſ.* Clar. §. *emphyteuſis. q.* 1. *n.* 2. Grot. *introduct.* 46. Baro. 2. *comm. hic. part. ult.*

Ac si naturalis esset contractus) Id est, haud secus ac quilibet alius contractus propriam ac distinctam naturam habens: ut enim cæteri contractus ex conventione legem accipiunt, *l. 23. de reg. jur.* ita & contractus emphyteuticus suis pactionibus fulciri potest, ut hic loquitur Justinianus: non tantùm circa præstationem periculi, sed etiam circa durationem & caducitatem, id est, intra quod tempus emphyteuta canonem non solvens jus suum amittere debeat, *l. 2. C. de jur. emphyt.* Cujac. Ferret. & Hotom. legunt, *ac si natura talis esset contractus*: quomodo & Theop. legisse ex paraphrasi apparet: & rectè sanè, τὰ γὰρ ἐν ἀρχῇ συμφωνούμενα φύσιν διδόασι τοῖς συναλλάγμασι. Theod. Hermop. *in l. 23. de reg. jur.*

Siquidem totius rei interitus) Nisi quid aliud nominatim cautum sit, rei totius interitus ad dominum pertinet, partis verò rei ad emphyteutam, qui hoc casu nihilominus integram 10 pensionem præstare tenetur, *l. 1. C. eod.* Quapropter nec ob sterilitatem remissionem pensionis petere poterit. Neque est contrarium, quod eo casu locatione pensio remittenda est, *l. ex conducto. 15. §. 2. & seq. locat.* Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum, qui ex fundo percipi solent, constituitur: in emphyteusi autem canon non pro fructibus, sed in recognitionem dominii præstatur. Planè si etiam pensio emphyteutæ imposita tanta sit, ut proportione fructibus respondeat, puto, ei succurrendum esse, & tam ob sterilitatem pensionem remittendam, quàm ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri, quasi quædam potius locatio, justa mercede facta sit; quàm initus contractus emphyteuticus. Nec movere nos debet, quod verba contractus non sonent locationem. Semper enim in omnibus contractibus sequimur id quod actum est: nec tam nomen conventionis inspiciendum, quàm natura & conditio negotii quod geritur. Clar. §. *emphyteusis. q. 8. n. 7. & seq.* Gail. 2. *obs.* 23. Ant. Fab. *C. suo, de jur. emphyt. defin.* 36. Diss. Fachin. 1. *contr.* 89. D. Tuld. *in C. de jur. emphyt. num.* 4.

TEXTUS.

De forma alicui facienda ab artifice.

4. *Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annullos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Cassius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantùm emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio & conductio sit.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum in hypothesi proposita, utrum emptio contraheretur, an locatio?*
2 *Regula generalis, unde in hujusmodi casibus emptio & locatio dignoscantur.*

Affert hìc Justinianus aliud exemplum negotii, quo dubitatum, emptio venditio contraheretur, an locatio, conductio? nimirum, si mihi cum artifice convenerit, ut certo pretio rem aliquam mihi efficeret ex sua materia, puta ut aurifex certi ponderis certæque formæ annulos faceret ex suo auro. Dixeris enim, hìc emptionem contrahi, quia materia in perpetuum abalienatur. Rursus dixeris esse locationem propter operam artificis, quæ & ipsa æstimatur: operæ autem emptio esse non potest. Qua ratione Cassius non simplicem hunc contractum esse dicebat, sed duplicem, venditionemque & locationem in hoc negotio concurrere; & scilicet materiæ atque in hypothesi proposita auri infecti venditionem contrahi, operæ & artificii locationem. Sed concinnius visum est, simplex hoc & unum negotium censeri, tantùmque emptionem & venditionem, *l. 2. h. t.* 1

Placuit, tantùm emptionem & venditionem) *D. l. 2.* Si cùm aurifex jam haberet annulos ex suo auro factos, mihi cum eo convenisset, ut eos certo pretio mihi daret, nemo dubitaret, emptionem & venditionem tantùm contrahi. Quid autem in proposito refert, res jam facta sit ab artifice, an adhuc facienda, cùm utrobique in pretio constituendo non materiæ solùm, sed etiam artificii ratio habeatur? Sic verò in universum habendum est: Si quam 2 rem nobis fieri velimus, veluti statuam, vel vas aliquod, aut annulos, vestem, regulas, &c. ut nihil aliud quàm pecuniam demus, emptionem esse, atque emptionem solùm; quoniam nulla potest esse locatio, ubi corpus ipsum non datur ab eo, cui id fit, quemadmodum Sabinum respondisse Pomponius refert *l. Sabinus. 20. de contr. empt.* Cui sententiæ convenit, quod Javolenus scribit, *l. si convenit. 65. d. tit.* toties emptionem contractam intelligi, quoties materia, in qua aliquid fit, immutatur & alienatur. Id autem in casu proposito contingit auro. Nam adversatur

tur huic sententiæ Paulus in *l. item si.* 22. §. 1. *hoc tit.* ubi ait, cùm insulam ædificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transferri, & tamen locationem esse: locare enim artificem operam suam, id est, faciendi necessitatem; quoniam cùm aureum meam do, ut in ea insula fiat, substantia & materia, in quam agit artifex, à me proficiscitur, *d. l. Sabinus* 20. *in fin.* neque materiam, tigna, cæmenta hìc emo, sed conduco operas artificis ad insulæ constructionem, ut eam mihi omni re atque opere perfectam in meo reddat.

Quod si suum aureum dederit) *D. l.* 2. *l. in navem* 31. *hoc tit.* facit *l. scribit* 34. *in pr. vers. in artifice, ac aur. arg. mund. leg.* Nam toties conductio alicujus rei intelligitur, quoties materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet, *d. l. si convenit* 65. *de contr. empt.*

Textus.

Quid præstare debet conductor.

5. *Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono, & æquo præstare. Qui pro usu, aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.*

Notæ.

5. *Ex bono & æquo præstare*) Est enim hìc contractus bonæ fidei, in quo multa, quæ nec dicta nec cogitata forte sunt, præstari æquum est, §. 30. *inf. de act. & sup. de obl.* add. *l.* 25. §. 3. *l.* 24. *pr. hoc tit. L.* 2. *l.* 17. *C. eod.*

Commentarius.

1 *Quæ à conductore ex natura hujus contractus præstanda?*
2 *Conductorem regulariter levem dumtaxat culpam, non etiam levissimam præstare.*
3 *Accurata ad ea, quæ in contrarium disputantur, responsio.*
4 *Exclusione casus fortuiti non protinus induci præstationem culpæ levissimæ.*

Agitur hoc §. de præstationibus, quæ conductori incumbunt, doceturque in hac re primum inspici debere id, quod ut præstaret conductor, nominatim convenit; veluti si convenerit, ut etiam si quid vi majore accidisset, præstaretur: hìc enim pacto standum esse Julianus respondit, *l.* 9. §. *Julianus* 2. *hoc tit.* Similia exempla occurrunt in *l.* 11. §. 1. *& ult. eod.* estque hoc commune omnium judiciorum bonæ fidei, *l.* 11. *de act. empt. l. contractus* 23. *de reg. jur.* Quod si nihil convenit, 1 tunc ea præstanda esse, quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate, in quod, cùm sit bonæ fidei, id omne venit, quod ex æquo & bono præstari oportet, etiamsi de eo nihil dictum, aut forte nihil cogitatum sit, *l. si in lege* 24. *& l. seq.* §. 3. *hoc tit.* §. *in bonæ* 30. *infr. de act.* unde post moram etiam usuræ tardius illatarum pensionum à conductore præstandæ, *l. quæro* 54. *eod. l. præses* 17. *C. eod.*

Secundum legem conductionis) Id est, secundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, *l.* 7. §. *quinimo* 5. *de pact. d. l.* 23. *de reg. jur.* Nihil est apud juris auctores frequentius, quàm ut legem contractus appellent formam, quàm ex pactione adjecta contractus accipit, ipsamve pactionem, *l. qui fundum* 40. *l. comprehensum* 60. *l. si cum fundum* 68. *de contr. empt. l. si in lege* 24. *hoc tit. l. venditor* 13. *comm. præd. cum similib.*

Ex bono & æquo præstare) Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera rustica suo quæque tempore fiant, ne intempestiva cultura fundum faciat deteriorem. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, *d. l.* 25. §. 3. *h. t.* Inquilinus, ut in domo locata rectè versetur, ex honesta non faciet cauponam, *l.* 3. *C. eod.* Uterque ut pensiones suo quasque tempore solvat, *d. l. quæro* 54. §. 1. *h. t.* Ni ita se gerat conductor, & pensionem præstet, impune expelli potest, *d. l. quæro* 54. §. 1. *l.* 3. *C. eod.* Plures alias causas, ob quas conductorem expellere jus est, refert Christin. *vol.* 2. *decis.* 115. quamquam non omnes hodie obtinent, ut idem ibidem annotat. Illud hìc tenendum est, quibus casibus conductorem expelli posse dicitur, non nisi ex auctoritate magistratus eum expelli debere. Ant. Fab. *C. suo, hoc tit. defin.* 11.

Qualem diligentissimus paterfamilias) Simile est, quod traditur in *l. si merces* 25. §. *pen. hoc tit.* At enim locatio & conductio est contractus ex eorum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujusmodi contractibus dolum dumtaxat & culpa præstatur, juxta regulam traditam in *l.* 5. §. 2. *commod.* ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cùm autem culpa præstari dicitur, eo verbo

in

in usu juris non alia quam levis culpa designatur, id est, ea, quæ mediæ diligentiæ opponitur: quod multis auctoritatibus probavimus sub §. 2. *sup. quib. mod. re contr. oblig.* & de hac tantùm culpa dictam regulam intelligi debere ex eo patet, quod in contractibus, in quibus solius accipientis utilitas versatur, quale plerumque est commodatum, Jurisconsultus d. loco scribit, plus ab accipiente exigi, quàm cùm utriusque commodum vertitur; nimirum in hujusmodi contractibus præter culpam præstari & diligentiam; quo significat, in eo contractus, qui utriusque gratia fiunt, & commodatum discrepare, quod in illis dumtaxat levis culpa præstetur, in hoc etiam levissima, quam more veteribus usitato contrariæ rei præstatione indicat, diligentiæ scilicet, intelligens eo verbo diligentiam specialem seu exactissimam. Ipsa quoque ratio hoc suggerit, levius agendum esse cum eo, qui mercedem pro rei usu præstat, quàm qui gratuitum ejus usum habet. Quin ipsum etiam commodatarium placet culpam levem tantùm præstare, secundum superiorem regulam, si quando commodantis quoque contemplatione res commodata sit, *l. in rebus* 18. *in fin. pr. commod.* Ex quibus perspicuè evincitur, conductorem regulariter levissimæ culpæ nomine non teneri, neque ab eo exigi extra specialem conventionem, ut in *l. qui mercedem* 40. *h. t.* ut in re conducta summam & exactissimam diligentiam præstet, sed securum eum esse oportere, si adhibuerit mediam, id est, eam, quam communiter frugi patresfam. suis rebus adhibere solent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod passim nihil amplius quàm culpam à conductore præstari legimus, *l. 9. §. 3. l. 11. §. 3. l. item quæritur* 13. *§. 1. l. in navem* 31. *in fin. h. t.* quo postremo loco Alfenus etiam pro ratione affert regulam probatam in contractibus, qui utriusque causa ineuntur: at culpæ nomine absolutè posito, in usu juris culpa levis perpetuo significatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentissimè hoc ipsum ostendit *l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* quo loco Jurisconsultus conferens actiones, locati & depositi cum honoraria, quæ ex edicto isto competit, utilitatem ejus, quæ ex edicto est, hoc nomine maximè commendat; quod in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat præstetur: edicto verò omnimodo qui recepit, teneatur, etiamsi sine culpa ejus res periit aut damnum datum est, ita tamen, ut nec ille præstet casus fortuitos, seu quod damno fatali aut vi majore contigit. Igitur ex sententia Jurisconsulti is, qui recepit, præstat medium aliquid inter culpam & casum fortuitum, quod non præstat conductor: atqui hoc medium nihil aliud esse fateri omnes debent quàm culpam levissimam. Quid ergo respondemus ad hunc textum? nimirum idem, quod interpretes vulgo, superlativum hoc loco positum esse pro positivo verbum *diligentissimus* pro *diligens*; ut hoc verbum secundum subjectam materiam & naturam contractus explicandum sit, eoque hic significari intelligatur, non summa illa & pæne modum excedens, sed media diligentia, quam communiter homines diligentes suis rebus adhibere consueverunt. Sic ex contrario positivus pro superlativo ponitur in *l. 5. §. custodiam 5. commod. l. hæredes 25. §. non tantum 16. fam. ercisc. §. 2. sup. quib. mod. re contr. obl. &c.* quod apparet ex collatione *l. in rebus* 18. *l. 1. §. & ille 4. de obl. & act. §. 1. inf. de obl. quæ quasi ex contr.* Idem responderi potest ad *l. si merces 25. §. pen. h. t. arg. d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* Nam quod alii respondent, casus esse speciales, qui hic & in *d. §. pen.* proponuntur, atque utroque loco agi de rebus, quæ natura sua quasi damno maximè obnoxiæ accuratissimam custodiam desiderant, altero etiam de conductoribus, qui operam quasi ultro offerunt, & ideò quoque levissimam culpam præstare tenentur, *arg. l. 1. §. sæpe 35. depos.* admitti non potest. Nam jumenta, columnæ, dolia, tigna, scrupulosam præ cæteris rebus curam, aut curiosam custodiam minimè requirunt: nec quilibet, quodammodo operam suam offerre videtur, ad majorem diligentiam, quàm natura contractus desiderat, obligatur, *d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* sed locum hoc habet in artificibus, seu iis, qui alicujus rei peritiam profitentur: quorum idcirco imperitia culpæ levi annumeratur, cùm in aliis sit levissima, *l. 9. §. pen. l. item* 13. *§. si gemma 5. h. t. l. 12. de furt. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil.* nisi putamus, etiam eos, qui columnas aut tigna deportanda conducere solent, eodem numero haberi, quasi industriam certæ rei profiterentur, ut D. Wesemb.

Et aliquo casu fortuito) *L. in judicio 28. C. eod.* Neque hoc proprium hujus judicii est, sed commune omnium contractuum, *l. contractus 23. de reg. jur. l. 6. C. de pign. act.* Non obstat quod alibi dicitur, rem locatam esse periculo conductoris, *l. 13. §. 1. de lib. caus. l. 14. §. qualis 16. de furt.* Nam illud intelligendum est de periculo & damno, cui culpa causam præbet: neque novum est, ut illæ etiam res periculo nostro esse dicantur, in quibus culpa præstamus, de quo uberius disserui sub

§.

§. 3. *tit. præced.* Quod autem hic excluditur casus fortuitus, id non satis argumenti est, culpam levissimam à conductore præstari: nihil enim frequentius est in jure nostro, quàm ut posita præstatione doli & culpæ, quo verbo levis intelligitur, removeatur casus fortuitus: insuper habito, utrum eo amplius etiam levissima culpa præstetur, necne: utpote quæ & raro præstetur, & vix culpa sit. Hinc jam judicari potest, an incendium & quando à conductore præstandum sit: in quo tamen mirificè variant & interpretes, & judicum sententiæ. Vid. Gail. 2. *obs.* 21. Menoch. *de arb. jud. q.* 2. *cas.* 390. Mascard. *lib.* 2. *de prob. in verb. Incendium.* Fach. 1. *contr.* 87. Moller. 4. *semest.* 31. D. Tuld. *comm. in tit. de leg. Aquil. inf. cap.* 8. Christin. *vol.* 3. *decis.* 112. *n.* 5. ubi plures citat. Assentior autem iis, qui statuunt, inquilinum de incendio locatori teneri, nisi doceat de diligentia sua in muniendo & custodiendo igne adhibita. Fach. & Moller. *dd. loc. l.* 3. §. 1. *de off. præf. vig. l.* 11. *de per. & comm. rei vend.* de quo nos opulentius *l.* 2. *sel. quæst. cap.* 33.

TEXTUS.

De morte conductoris.

6. *Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione succedit.*

NOTÆ.

Mortuo conductore, &c. hæres ejus) L. 10. C. *h. t.* sicut nec ex contrario morte locatoris expirat locatio, *l.* 19. §. 8. *eod.* Hæres enim universi juris & onerum defuncti successor est, *l.* 38. *de acq. hær.* Emptor autem vel legatarius stare locationi non tenentur, *l.* 35. §. 1. *l.* 32. *hoc tit. l.* 120. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 9. *C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptor non tenetur stare locationi factæ à venditore; & quid hodie?*

MOrte conductoris conductionem non expirare, sed hæredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris est, *l.* 10. *C. hoc t.* & contra nec morte locationis expirat: quippe hæres universi juris & onerum defuncti successor est, *l. hæres* 37. *de acq. hær.* Ait autem Justinianus, hæredem eodem jure in conductione succedere; & Gordianus in *d. l.* 10. hæredi quoque onus contractus incumbere; quibus verbis non hoc significant, hæredes, pro eo tempore, quo contractus inter defunctum & superstitem stetit, actione locati aut conducti teneri, quamquam etiam ita tenentur, *l. sed addes* 19. §. *antepen. h. t. l. cum conductorem* 29. *C. eod.* quippe omnes actiones ex contractibus venientes, etiam mandati & pro socio, *l. inter causas* 26. *pr. mand. l. nemo* 35. & *l. seq. pro soc.* in hæredes transeunt: sed hæredem succedere in ipsum jus conductionis, quæ mortuo conductore aut locatore non finiatur: quod quidem regulariter etiam in aliis contractibus obtinet; sed secus est in iis negotiis, in quibus industria certæ personæ eligitur, ut in societate & mandato, quæ morte contrahentium finiuntur, ut docetur duobus tit. proximè seqq. Particularis autem successor, emptor aut legatarius non tenetur stare locationi factæ ab auctore suo, *l. si merces* 25. §. 1. *l. qui fundum* 32. *hoc tit. l.* 9. *C. eod. l. nihil* 120. §. *ult. de legat.* 1. Cæterum ab hoc jure moribus nostris & pleræque Belgicæ recessum est, juxta tritum illud, *huur gaat. voor koop.* Grot. 3. *introduct.* 19. Neostad. *dec. sup. Cur.* 10. Gudelin. 3. *de jur. nov.* 7. ad. *ra., rai,* Groenew. *de legib. abrog. ad l.* 9. *C. hoc tit.* In hac urbe sequuntur jus commune: *Statut. Leid.* 74. 1

TITULUS VIGESIMUSSEXTUS.

DE SOCIETATE.

Dig. Lib. 17. *Tit.* 2. *C. Lib.* 4. *Tit.* 37.

Continuatio. Quid sit societas, & quarum rerum, quando & quomodo contrahatur.

TErtia species contractuum, qui sola contrahentium voluntate obligationem inducunt, est societas. Societas est contractus, quo inter aliquos res aut operæ communicantur, lucri in commune faciendi gratia. Primum, ut sit societas, necesse est aliquid mutuo conferri & communicari: nisi quid utrinque in commune conferatur, societas non intelligitur. Inde dictum, donationis causâ societatem non contrahi, veluti si alicui placuerit, lucrum ex re sua factum alteri commune esse, qui de suo

nihil conferat, *l. 5. §. 2. hoc tit.* Enimverò quæ res invicem conferantur, corporalesne utrinque, an illinc res, hinc opera, an etiam opera utrinque, ad societatem communicatione rerum contrahendam nihil interest: nam & inter duos artifices societas coiri potest, ut quod ex suo artificio quæstus fecerint, inter eos commune sit, *l. si non fuerint 59. l. duo 71. eod.* Illud quoque nihil refert ad societatem ineundam, quantarum rerum societas instituatur: nam & universorum bonorum societas contrahi potest, & partis bonorum: potest & negotiationis alicujus, quæ multas res partesque contineat: potest denique & unius rei, veluti si prædium communi consensu conducatur, ut fructus inde quæsiti sint communes, *pr. hoc tit. l. 5. l. verum 63. eod.* Porrò, quod ex definitione satis intelligitur, societas est consortium voluntarium, ut à Papiniano vocatur, *l. cum duobus 52. §. idem Papinian. 8. eod.* nisi enim consensu & tractatu de ea re habito communio suscepta sit, non est societas. Itaque socii non sunt, si qui aut casu in communionem inciderint, puta si legatum, donatio, aut hæreditas duobus communiter obvenerit, aut si res à duobus simul simpliciter empta sit, *l. ut sit 31. cum 3. ll. seqq. eod.* Ex quibus locis cum Glossa & citatis *in addit. ad Bart.* temperandum est, quod in *l. 2. comm. div.* Jurisconsultus ait, rem, quæ à duobus pariter empta est: cum societate communem esse: nempe si empta sit cum affectione & animo societatis: idemque præsupponendum in specie *l. 2. C. hoc tit.* quamquam Bart. ad *dd. ll.* quem sequitur Salicetus in *d. l. 2.* contrarium axioma proponit, videlicet eo ipso, quod res à duobus pariter emitur, societatem contrahi. Denique quod postrema verba definitionis indicant, non est satis ad contrahendam societatem, communionem consensu iniri inter aliquos, nisi in hunc finem communio instituatur, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hunc finem non habet, societas dici non potest, ut maximè voluntate suscepta sit. Ut ecce, materiæ duorum voluntate dominorum confusæ sunt; massa quidem hæc communis est, §. *si duorum 27. sup. de rer. divis.* at non jure societatis. Res eadem simul à duobus simpliciter empta est, sit illa quidem amborum voluntate communis, sed ut modo dixi, citra societatem, *d. l. ut sit 31. hoc tit.* Convenit inter aliquos, ut lucrum non sit commune, sed unius tantùm socii: placet, ita societatem contrahi non posse, quasi quæ contra finem societatis constituatur, *d. l. si non fuerint 29. §. 2. eod.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantùm sperant spectantque socii, damnum præter votum eorum accidit. Sed nec damni communio ad substantiam societatis pertinet: quippe quæ etiam ita constitui potest, ut unus è sociis damni sit expers, ut postea intelligetur. Cum autem de communione eo, quo dixi, animo inter aliquos convenit, tum societas consensu contracta intelligitur, etsi nullius rei aut operæ collatio in præsentia fiat, *l. 2. de obl. & act.* Nec adversatur, quod scribit Modestinus *l. 4. hoc tit.* posse societatem coiri re & verbis, &c. Significat enim, societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit, verbis seu aperta conventione, an tacitè re seu facto aliquo consensus declaretur. Add. quæ ex Cujacio notat D. Gothofr. *ad d. l.* Species societatis sumuntur à diversitate materiæ; ac de eo hic primum agitur deinde disputatur de pactionibus circa partes lucri & damni; postremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus dissociamur.

TEXTUS.

Divisio à materia.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωνίαν appellant; aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

NOTÆ.

Societatem coire) Societas est communio consensu suscepta. Estque duplex, vel vitæ, quam uno verbo nuptias sive matrimonium appellamus; vel bonorum, quæ verbo generis in usu juris societas vocatur: de qua sola hìc agitur.

Aut totorum bonorum) In qua bona omnia præsentia continuo communicantur, actiones invicem cedendæ, quæ postea obveniunt, in commune redigenda, *l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. l. 37. & seq. hoc tit.* Cùm autem aliqui simpliciter, societatem contrahunt eorum dumtaxat, quæ ex quæstu veniunt, coita esse videtur, non etiam quæ beneficio alieno aut dono fortunæ, *l. 52. §. 5. eod.*

Unius negotiationis) Vel artificii, vel fundi in commune empti: in qua id solum, quod ex quæstu rei venit, cujus societas contracta est, lucrum commune est, *l. 52. §. 5. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Species societatis subjectis distinctæ.*
2 *Quando universorum bonorum societas contracta*

ta intelligatur? ejusque effecta.

3 *Moribus Belgii talem societatem inter conjuges constitui, & quidem ipso jure: unde & quid amplius in hac, quàm in alia universali?*

4 *Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit?*

5 *Peculiaria quædam in societate omnium bonorum.*

SOcietatis diversæ sunt species, & effectibus, & subjectis distinctæ, ut *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 5. l. 7. cum aliquot seqq. l. si non fuerint 29. & pass. hoc tit.* Imperator autem hoc loco id tantùm videtur ostendere voluisse, aliam esse societatem universalem, aliam particularem, ut vulgo distingui solet: quamquam minus ac-1 curata ea oppositio est. Pinguius à diversitate subjecti societas ita distribui potest, ut dicamus, aliam esse rerum & bonorum omnium, aliam universorum, quæ ex quæstu veniunt, aliam partis bonorum tantùm, aliam denique unius rei, puta certæ alicujus negotiationis vel artificii, aut fundi in commune empti. In bonorum omnium societate bona omnia præsentia, id est, quæ coeuntium sunt tempore contractæ societatis, continuo communicantur, *l. 1. §. 1. l. 2. hoc tit.* actiones invicem sunt cedendæ, *l. 3. eod.* quæ postea obveniunt, judicio societatis communicanda, *l. si societatem 73. & l. seq. eod.* & quidem etiam omnia, id est, tam ea, quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quàm quæ ex opera sociorum quæruntur, *d. l. 3. §. 1. d. l. 73. eod.* Hujusmodi autem societas tunc tantùm 2 contracta intelligitur, cùm nominatim & specialiter omnium bonorum coita est, *dd. ll.* Interdum tamen evenit, ut tacitè quoque id actum videatur, veluti si fratres consortes post mortem patris, bonis indivisis non paternis tantùm, sed etiam cæteris, in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis, vixerint, nec à se invicem rationes unquam exegerint. Hæc autem omnia conjunctim requiruntur: nam si tantùm paternæ hæreditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid gesserit, sibive habuerit, universalis societas minimè contracta videbitur, nec quod aliunde quæsitum est, veniet in communionem, *l. cum duobus 52. §. Papinianus 6. h. t. l. 4. C. comm. utriusque jud.* Ant. Fab. *Cod. suo, hoc tit. defin. 3.* D. Tuld. *comm. hic, cap. 1.* Moribus fere totius Belgicæ (Frisiam excipe, vid. D. Joan. à Sande *rer.* 3 *jud. lib. 2. tit. 5. defin. 3.*) bonorum omnium communio & universalis societas inter conjuges ipso jure constituitur, nisi quid contra pactis antenuptialibus cautum sit: in qua societate etiam hoc amplius est, quam in alia universali, quod etiam ea, quæ post contractum matrimonium alterutri conjugum quæsita sunt, continuo inter eos communia fiunt, non expectata nova eorum communicatione: scilicet quia lex hanc communionem inducit. Vid. D. Neostad. *in not. ad observ. 9.* cùm alii socii, quamvis universorum bonorum, quæ post contractam societatem acquirunt, sibi acquirant: ut tamen judicio societatis ea cogantur communicare, & quæsita in commune redigere, *l. si societatem 73. & l. seq. hoc tit.* Unde Paulus in *l. 1. §. 1. eod.* non ait, simpliciter inter socios omnium bonorum continuo communicari res omnes, sed res omnes quæ coeuntium sunt, id est, quæ tunc sunt, cùm societatem coeunt. In societate universorum, quæ ex quæstu veniunt, res coeuntium seu bona præsentia non communicantur, sed futura 4 tantùm, seu lucra postea obvenientia; neque tamen hæc omnia, sed ea solummodo, quæ ex quæstu quotidiano, id est, ex opera & negotiatione cujusque socii acquiruntur, puta lucrum, quod ex emptione, venditione, locatione, conductione, & similibus commerciis, aut ex causa artificii descendit. Quæ verò alieno beneficio obveniunt, qualia sunt hæreditas, legatum, donationes, ea extra hanc causam habentur, *l. 7. & aliquot seqq. hoc tit.* Talis societas contrahi intelligitur, cùm aliqui simpliciter societatem coeunt, hoc est, saltem dicunt, sibi placere, ut inter ipsos societas sit sine designatione rerum, quarum societatem contrahi velint, *d. l. 7.* Fallitur autem D. Bachovius, dum putat etiam in societate simpliciter hoc modo contracta bona ipsa coeuntium statim communicari: hoc enim non obscurè pugnat cum *d. l. 7.* Et *l. 1. §. 1. eod.* disertè loquitur de societate omnium bonorum. Veteres autem non aliam bonorum aut fortunarum omnium societatem agnoscunt, quàm quæ nominatim ita contracta est: ut bene Baro hic. In societate omnium bono-5 rum etiam illud peculiare est, ut si quid socius necesse habuit præstare ex obligatione honesta; atque adeo etiam aliena injuria coactus, id omne in societatis rationem veniat, tametsi extra causam societatis id præstetur, *l. cum duobus 52. §. ult. hoc tit. l. 39. §. 3. fam. ercisc.* Nec mirum, cùm rursus omnia etiam, quæ ex lucrativa causa obveniunt, in commune sint redigenda. Qua propter si unus è sociis universorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum: honestè tamen & decenter, non profusè, inve fraudem sociorum, id in societatem imputabimur; veluti si pater si-

filium in ſtudiis aluit, atque eo nomine quid honeſtè & bona fide erogavit, *fac. l. quæ pater* 50. *fam. erc.* Quid ſi filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, ſocietatis id commune onus eſſe, non ſolius patris, *arg. l.* 19. *de rit. nupt.* Rol. à Vall. *conſ.* 91. Menoch. 2. *de arb. jud. cap.* 127. Fach. 8. *contr.* 4. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 51. *num.* 9. Gothofr. *ad l.* 81. *hoc tit.* Bachov. *ad Treutl. vol.* 1. *diſput.* 27. *th.* 8. Prius illud etiam admittit D. Tulden. *comm. hic, cap.* 4. ſed de dote diſſentit: propterea quod dos imputatur legitimæ, & conferenda eſt, ea autem, quæ ſtudiorum cauſa filio ſubminiſtrantur, non item, *d. l.* 50. *fam. erc.* Sed quid hoc ad rem? Immo cùm filiam dotare pater teneatur, vel magis in dote id obtinere debet. Sic ea, quæ pater liberis emancipatis concedit, ut ſe exhibeant, familiam, quam inſtituunt ſuſtentent, conferuntur, *l.* 17. *in fin. C. de collat.* quæ tamen imputabit ſocietati: & poteſt pater impendiis ſtudiorum cauſa factis hanc legem dicere, ut poſt mortem conferantur. Hoc autem nihil ad ſocios. Planè feuda in hanc ſocietatem non veniunt. Bald. & Præpoſ. *in cap. Imperialem, de prob. feud. al. per Fred.* & *in cap.* 1. *de inveſt. de re al. fact.* Præſ. Everh. *conſ.* 53. In reliquis ſocietatibus id ſolum, quod ex quæſtu negotiationis venit, aut rei, cujus ſocietas contracta eſt, lucrum commune eſt: ex alia cauſa quæſitum ad communionem non pertinet, *l. cum duobus* 52. §. *cum duo* 5. *eod.*

TEXTUS.

De partibus lucri & damni.

1. *Et quidem ſi nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales ſcilicet partes & in lucro & in damno ſpectantur. Quod ſi expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent. Nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, ſi duo inter ſe pacti ſint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alterum tertia.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa diſputationis hìc propoſitæ.*
2 *In impari rerum collatione, ſi de partibus nihil dictum ſit, impares quoque conſtitutas intelligi; & reprehenſi, qui ſecus ſentiunt.*
3 *Ubi partes expreſſæ, qualiſcumque collatio ſit, conventionem ſervandam.*

OMnis ſocietas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non ſemper lucrum fit, & ſæpe etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum eſt, ut ſciatur, quantum quiſque & in lucro & in damno ferat. Summa hujus diſputationis tribus hiſce 1 propoſitionibus continetur. 1. Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno æquales ſunt. 2. Si partes expreſſæ fuerint, has ſervari oportet. 3. Si una tantùm in cauſa pars expreſſa ſit, in altera, quæ omiſſa eſt, eadem pars ſervari debet.

Æquales ſc. partes) Si partes expreſſæ non ſint, id tacitè actum intelligitur, ut æquales ſint, *l. ſi non fuerint* 29. *pr. h. t.* quod ſic vulgo & rectè acceptum eſt, ut pro vero habendum ſit, cùm ea quoque quæ conferuntur ſunt 2 æqualia: cæterum ſi inæqualis ſit collatio, pro rata ejus, quod quiſque contulit, partes fieri: æqualitatem enim hìc intelligi debere non arithmeticam, ſed geometricam, id eſt, analogam rebus collatis. Non placet hoc D. Connano, *lib.* 7. *comm.* 13. neque D. Tuldeno, *comm. hic, cap.* 5. qui ita diſputant, ut exiſtiment, etiam in impari rerum collatione, ſi de partibus ſocietatis nihil dictum ſit, æquales partes pro numero ſociorum tacitè factas intelligi non conſiderato eo, quod quiſque contulit, quaſi ubi nihil ſpeciatim dictum eſt, communem dumtaxat negotiationis fortunam ſpectaſſe, atque in eo acquieviſſe videantur, ut quiſque damni & lucri tantumdem haberet: ſcilicet jubente id etiam lege ſocietatis atque amicitiæ, quæ ab æqualitate primum nata ſit, & pares faciat etiam quos impares ſuſcepit. Sed ut concedamus, hoc tacitè actum videri in ſocietate omnium fortunarum, aut ſimpliciter & ſine deſignatione rerum contracta; tamen in ſocietate unius alicujus negotiationis idem probandum non eſt. Nam cùm nihil æquius ſit, quàm ut quiſque pro ratione ſortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum ſentiat, *l.* 6. *l. quid enim* 80. *hoc tit.* hoc ipſum tacitè quoque actum intelligi convênit, ſi nihil aliud dictum eſt. Bene Ariſtot. 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin.* & 3. *Polit.* 6. Ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ πλεῖον λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλεῖον. VINN. Plura ad *l.* 29. *ff. pro ſoc.* in hanc ſententiam commentatus eſt Vir Clariſſimus Ger. Noodt. *Comment. in Pandect. hoc tit. p.* 380. *ſequ. Tom.* 2. *Op.* quem eximium Jureconſultum, dum hæc ſcribo, ad ſuperos exceſſiſſe, non ſine dolore audio. Mortuum ſaltim nemo dixerit, qui tot egregiis operibus immortalem ſibi gloriam peperit, & jam vivus quodammodo interfuit poſteritati. HEIN.

Si expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent) Ac proinde etiam ſi inæquales ſervari placue- 3 rit in collatione æquali, pactio ſervanda erit:

&

& contra si æquales servari placuerit in collatione inæquali. Itaque cùm sæpe non constet; an æqualis utriusque aut rerum aut operæ collatio facta sit, ut omnis de hac re controversia inter socios tollatur, rectè fecerint, si ipsi expressè partes societatis constituant. Videtur tamen quod hìc simpliciter dicitur, aliqua indigere cautione, de qua sub §. *seq.* Quod si societas ea conditione contracta sit, ut partes postea constituerentur, ad boni viri arbitrium res redigenda est, *l. 6. hoc tit.* Sed & si arbitrio tertii alicujus partium definitio permissa sit, arbitrium boni viri electum videtur, poteritque in manifesta iniquitate arbitrium personæ electæ per judicium bonæ fidei corrigi, *l. societatem 76. cum 4. ll. seqq.*

Ut ad unum duæ partes, &c.) Hæc conventio, ut ad unum duæ partes tam damni, quàm lucri pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facile recepta est. Immo vix inæqualitatem habere videtur: quoniam incertum est, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit; neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt.

TEXTUS.

De partibus inæqualibus.

2. *De illa sanè conventione quæsitum est, si Titius & Sejus inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia; ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius, (cujus sententia prævaluit,) contra sensit, quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita posse coiri societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucr. inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti M. sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod superest intelligatur lucro esse.*

NOTÆ.

2. *Contra naturam societatis*) Utpote quæ æqualitatem tamquam jure quodam fraternitatis desideret, *l. 63. pr. eod.*

Servius Sulpitius) *L. 30. in fin. hoc tit.*

Opera alicujus pro pecunia) Idem intelligi debet de labore, de periculo navigationis & similibus, *l. 29. §. 1. eodem.*

COMMENTARIUS.

1 *Sulpitium in casu hìc proposito non tam improbasse videri sententiam Mucii, quam temperasse.*
2 *Improbatur eadem Mucii sententia simpliciter.*
3 *Notabilia quædam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur.*
4 *Si convenerit, ut unus lucri sit particeps, damni immunis: & de leonina societate.*

Lucri duæ partes, damni tertia) Difficulter in societate coeunda admissum est, ut 1 partes lucri & damni difformiter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni una tantum, alter duas damni, tertiam lucri ferat. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed à Servo Sulpitio admissa est: cujus sententiam prævaluisse testatur Justinianus.

Quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera) Improbasse sententiam Mucii, quam temperasse: nimirum quod Mucius simpliciter dixit, iniquam esse hanc pactionem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ: quod etiam forte solum Mucius consideravit: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantùm, alter operam simul cum pecunia confert; immo justum esse, hunc meliore conditione in societatem admitti. Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est; cùm inæqualis est collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ aut industriæ; quod etiam evidenter probare videtur responsum Ulpian. in *l. si non fuerint 29. pr. hoc tit.* Atque ita olim Azo contra Joannem disputavit, ejusque sententiam interpret. comm. *ad hunc §. & in d. l. 29.* sequuntur Gomez. *2. var. resol. 5. num. 5.* Wesembec. *parat. hic, num. 7.* Christin. *vol. 3. decis. 51.* Sed ut verum fatear, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam 2 primum rationis esse videtur, ut expressa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, *arg. l. contractus 23. de reg. jur.*

modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia apertè huic sententiæ refragatur, quod simpliciter scriptum est §. *præced.* si partes expressæ fuerint, has servari debere: quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus etiam ubi æqualis est collatio, omnino accipiendum est: quoniam in collatione inæquali, etiamsi de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea, quæ dicta sunt, constitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. *seq.* & *l. Mucius* 30. *in fin. eod.* Etsi verò hac ratione inducitur aliqua inæqualitas; non video tamen, cur non possit expressa conventione id effici, cùm non planè tollatur lucri communio, in qua consistit societatis substantia. Nec dubium est, quin societas æquè ex parte donationis causa rectè contrahatur atque emptio venditio, *l. si quis* 38. *de contr. empt.* Quare existimandum potius est, Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id, quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati prosit, quàm alterius: de quo tamen in singulis personis inquirendum non sit, cùm ad æquitatem pacti, quod contra Mucium probat, defendendam sufficiat, id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliud sensisse Ulpianum, aut nimiam solùm improbasse inæqualitatem, *d. l.* 29. *hoc tit.* Utut verò sit, usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angel. Porc. & alios testatur Wesemb. *hic*, & *in par. d. loc.* add. Menoch. 2. *de arb. jud. cas.* 125.

3 *Ut alter pecuniam*) Etiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, *l.* 1. *C. hoc tit.* & quidem ita, ut hic dicitur, ut lucrum inter eos commune sit. Quippe cùm sæpe opera alicujus tanti sit, quanti pecunia est. Tritum est illud Plauti, *Asin. act.* 1. *scen.* 3.

Par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia, cui simile illud in *l.* 52. §. 2. *eod. pretium operæ & artis est levamentum, id est,* ἀμοιβή. Varro apud Non. *amussis est, æquamen, levamentum.* In codice Hetrusco præpostero litterarum ordine scriptum est *velamentum.* Nimirum qui artem operamve præstat, non minus præstare creditur, quàm is, qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & similibus intelligi debet, *d. l. si non fuerint* 29. §. 1. *hoc tit.* Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur? alter operam dumtaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat, & vendat, ut sic deinde lucrum commune sit. Cæterum hæc collatio non uno modo fit: nam aut opera confertur cum solo pecuniæ usu, quo casu sors domino perit, & si salva est, domino salva est: aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ, quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In prima specie comparatur cum opera non sors, sed periculum amittendæ sortis, & lucrum, quod ex ea probabiliter sperari poterat. In altera operæ pretium habetur quasi sorti adjectum, & pro eo, quod valet, in ipsa sorte partem habet, qui operam præstat, ut eleganter Grot. 2. *de jur. bell. ac pac.* 12. *num.* 24. Covar. 3. *var. resol.* 2. Atque hinc sumenda decisio quæstionis agitatæ apud interpretes in *l.* 1. *C. hoc tit.* utrum in hoc genere societatis pecunia collata communicetur, necne; & consequenter, utrum finita societate ea etiam inter socios dividenda sit, an is, qui contulit, eam percipere debeat? Cui similis est altera, utrum in hujusmodi specie damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. De quo laborant Gail. 2. *obs.* 24. *num.* 6. Fachin. 2. *contr.* 94. & 95. Christin. *vol.* 3. *dec.* 51. *num.* 4. & *vol.* 1. *decis.* 107. *num.* 8. & *seq.*

4 *Lucri partem ferat, de damno non teneatur*) Ut sociorum aliquis lucri sit particeps, immunis damni, præter naturam est societatis. Potest tamen ita conveniri sine injuria: nam secundum Cassium & Sabinum talis conventio iniqua non est, si tanti sit opera, quanti damnum est, id est, si tanti est illud, quod impenditur & perditur operæ, quanti est damnum acceptum, *d. l. si non fuerint* 29. §. 1. *h. tit.* D. Grotius loco præcitato scribit, mixtum esse hujuscemodi contractum ex societate & contractu avertendi periculi, quem assecurationem vocant; atque in eo ita servari æqualitatem, si tanto plus lucri ferat, quàm alioqui laturus fuerat, qui in se damnum recipit. Ait Justinianus *lucri partem*, disertè *partem.* Nam talis societas coiri non potest: ut unus lucrum tantùm, alter damnum aut damni partem sine lucro sentiat, *d. l.* 29. §. 2. quippe ita naturalis societati est lucri communio, ut sine ea nequeat societas consistere. Vereribus talis societas, ex qua quis damnum tantùm, non etiam lucrum expectat, leonina dicitur, *d. l.* 29. §. 2. appellatione proverbiali ducta ex Apologo Æsopi de leone, asino, & vulpe. Vide Desiderium nostrum *in Chiliad.*

In alia re lucrum, in alia damnum) Lucrum non particulatim æstimatur, sed in summa summarum, hoc est, id demum pro lucro repu-

putatur, quod deducto omni damno atque impensis superest. Quemadmodum ex conrrario damnum non intelligitur, nisi deducto omni lucro, *l.* 30. *h. t.* Itaque si inter duos inita sit negotiatio mancipiorum & boum, atque in illa damnum acceptum 100. aureorum, in hac lucrum factum 300. facta lucri & damni compensatione, reperietur superesse lucrum ducenrorum, qui secundum legem societatis dividi debent.

Textus.

De partibus expressis in una causa.

3. *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, (veluti in solo lucro, vel in solo damno,) in altera verò omissa, in eo quoque, quod prætermissum est, eamdem partem servari.*

Commentarius.

Quæ partes in causa lucri aut damni tantùm definitæ sunt, eædem etiam in causa omissa tacitè definitæ inrelliguntur: verbi causa, si ea lege societas coita sit, ut ad unum duæ partes lucri, ad alterum una pertineret, tacitè actum intelligitur, ut easdem partes & in damno agnoscant: & si convenerit, ut parres lucri æquales sint, tacitè conventum intelligirur, ur damnum quoque pro æquis partibus commune sit. Idque locum eriam haber in societate conjugali, puta si pacto antenuptiali placuerit, lucra ex quæstu obvenienria æqualiter communicari: nam tunc damna quoque uterque cõjugum ex æquo ferre debet. Everhard. *consil.* 197. Christin. *vol.* 2. *decis.* 51. *num.* 2. Ratio hujus juris afferri hæc soler, quod id, quod generaliter dispositum est in uno correlativorum, etiam dispositum censeatur in altero; sed parum, ut mihi videtur, subtiliter. Neque enim à natura relatorum, sed à paritate rationis torum hoc pender: quod etiam agnoscere videtur illi, qui non simpliciter, quod in uno correlatorum dispositum est, in altero quoque dispositum censeri tradunt, sed addito hoc temperamenro, quando utriusque par rario est. Bald. *in l. fin. C. de ind. vind. toll.* Jas. *in l.* 1. *C. de in jus voc.* Christin. *d. loc.*

Textus.

Quibus modis societas solvitur. De renunciatione.

4. *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cùm aliquis renunciaverit societati, solvitur societas. Sed planè si quis callide in hoc renunciaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cùm ab aliquo hæres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hæreditatem solus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid verò aliud lucri faciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei verò, cui renunciatum est, quicquid omnino post renunciatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

Commentarius.

1 *Quam rationem habeat, quod placet vel unius è sociis renunciatione societatem solvi, adeoque tunc etiam, cùm in perpetuum coita est?*
2 *Quibus ex factis renunciatio tacitè facta intelligatur?*
3 *Malitiosa renunciatio quatenus cui noceat?*

Societas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure, & suis quibusdam modis solvantur, quos Justinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio tollitur, remoti sunr, explicare voluit. In societate id facit hoc loco, in mandato tit. seq. Societas proprio jure solvitur quatuor modis; renunciatione, morte, capiris minutione, egestate unius, *l.* 4. §. 1. *l. verum.* 63. §. *ult. hoc tit.* Quæ singula ordine latius declarabuntur.

Donec in eodem consensu) Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium perseverat, *l.* 5. *C. eodem.* Et si quidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab instituta conjunctione discedatur, secundum communem legem de tollendis obligationibus, quæ consensu contrahuntur, invicem liberantur, §. *ult. inf. quib. mod. toll. obl.* Sed illud proprium hujus conrractus est, quod etiam postquam res inregra esse desiit, id est, postquam jam collatio & communicatio facta est, ab eo recedi & vel unius voluntate potest; quomodo in specie dicitur societas dissolvi renunciatione.

1 *Cùm aliquis renunciaverit societati*) Hoc in contractu societatis jure singulari receptum est contra regulas communes de dissolvendis obligationibus, *l.* 5. *C. de obl. & act. l.* 3. *C. de resc. vend.* Idque duplici de causa: primum quia socii officium invicem præstant, & accipiunt: deinde quia non bene convenit cum natura & conditione societaris, quæ rationem quamdam & jus frarernitatis habere creditur, *l. verum* 63. *pr. hoc tit.* aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia discordias inter non consentientes ex-

excitare solet, *l. cum pater.* 77. §. *dulcissimis.* 20. *de legat.* 2. Adeo autem visum est, ex natura esse societatis, unius dissensu totam dissolvi, ut quamvis ab initio convenerit, ut societas perpetuo duraret, aut ne liceret ab ea resilire invitis cæteris; tamen tale pactum, tamquam factum contra naturam societatis, cujus in æternum nulla coitio est, *l. nulla* 70. *hoc tit.* contemnere liceat, *leg.* 14. *eod.* Nam quod Paulus scribit, *l.* 1. *eod.* societatem etiam in perpetuum coiri posse, nihil aliud significat, quàm sine ulla temporis præfinitione, aut donec socii vivant: quæ conventio non hoc operatur, ut non liceat abire, sed ut solo lapsu temporis non finiatur societas. Porro autem renunciatione dissociamur, aut voluntate aperta, aut tacita. Aperta, cùm cæteris annuntiatur ut res suas sibi habeant atque agant, *d. l.* 63. *in fin. eod.* Tacita voluntas renunciandi tribus his factis evidenter arguitur. 1. novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta, *l. actione.* 65. *pr. eod.* quod etiam significat Ulpianus, cùm dicit, societatem etiam ab actione seu ab interitu actionis distrahi, *d. l.* 63. §. *ult.* 2. actione pro socio ab uno adversus alios instituta distrahendæ societatis causa, *d. l. actione.* 65. *in pr.* junct. §. *pen.* add. *ιαι ιαι*, Salic. *in l.* 5. *C. eod.* 3. cùm separatim agere cœperint, & sibi quisque negotiari, *l. itaque.* 64. *eod.* veluti si Typographi aliquot, qui antea communibus sumptibus libros imprimendos curabant, postea singuli domi suæ sibi imprimere cœperint, & commune impendium facere desierint, tacitè renunciasse societati intelliguntur.

Si quis callidè renunciaverit) Quævis renunciatio quantumvis insidiosa, hactenus valet, ut renuncianti noceat, & liberet ab eo socios: at ex contrario non quælibet renunciantem liberat à sociis, sed ea solum, quæ injuria caret. Injuriam autem renunciatio habet, non tantùm si callidè & malitiosè facta sit, cujus exemplum hic profertur: verùm etiam, quæ facta sit absenti, quoad is scierit, *l.* 17. §. 1. *eod.* item si facta intempestivè, id est, ante tempus conventum, (nisi ex nova causa, *l.* 14. & 2. *seqq. eod.*) aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coemptas vendi non expedit, ita ut non privatim unius è sociis, sed societatis intersit, eam non dirimi. Qui sic renunciat, damni particeps, lucri expers manet, *d. l.* 7. §. 1. *l. actione.* 65. §. 3. 5. & 6. *eodem.*

Veluti si totorum bonorum socius) Expressè mentionem tantùm facit socii omnium bonorum, qui propter hæreditatem obvenientem renunciat, ut & Jurisconsultus in *d. l. actione.* 65. §. 3. quoniam ut commodum hæreditatis uni acquisitæ communicetur, extra causam societatis omnium bonorum aut specialem conventionem locum non habet, *l.* 3. §. 1. *l.* 7. *eod.*

Quod non captaverit) Si renunciandi lucrum aliquod post renunciationem obvenerit, quod in renunciatione non spectavit captavitque, id comunicare non cogitur: quia nec dolum in eo admisit, *d. l. actione.* 65. §. 3.

Cui renunciatum est) Cui dolosè renunciatum est, is nihil ejus lucri, quod post renunciationem aliunde quæsivit, renuncianti communicare tenetur: quoniam avara & fraudulenta renunciatio renunciantem quidem à sociis non liberat; socios tamen liberat à renunciante, *d. l. actione.* 65. §. 3.

TEXTUS.

De morte.

5. *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures super sint, nisi in coeunda societate aliter convenerit.*

NOTÆ.

5. *Nisi, &c. aliter convenerit*) Id est, ut uno mortuo nihilominus inter superstites societas continuaretur, *d. l.* 65. §. 59. Quamvis autem hæres in societatem non succedit, tenetur tamen actione pro socio ex obligatione antea nata, item ut bonam fidem præstet & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet, *d. l.* 65. §. 9. *l.* 39. & *seq. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur visum, ut morte & vel unius è pluribus tota solvatur societas: & quo id pertineat? num.* 3.

2 *Ratam esse conventionem, ut mortuo uno, inter superstites societas perseveret.*

Etiam morte unius socii societas solvitur, *l.* 4. §. 1. *l. nemo.* 35. *l. cum duobus.* 52. §. *idem.* 9. *l. adeo.* 59. *l. verum.* 63. §. *ult. l. actione.* 65. §. *morte.* 9. *hoc tit.* Et hoc genus distrahendæ obligationis societatis proprium est, recedens ab illo communi, quo placet, hæredem in eamdem obligationem & idem jus, quod defuncti fuit, succedere, §. *ult. præc. tit. l. hæres in omne.* 37. *de acq. hær. l. hæreditas.* 62. *de reg. jur.* sed admissum in socie-

cietate ex natura hujus contractus: atque eadem ratione, qua in mandato quoque placet morte mandatarii solvi mandatum; nimirum quia in societate non tantùm rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verùm insuper etiam fidei & industriæ, quæ ad hæredes non transeunt, contemplatio versatur. Nam, ut in textu dicitur, *qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*, cujus scilicet fidem, industriam, res & facultates sequatur. Usque adeo autem morte socii dirimi societatem placet, ut nec ab initio pacisci possimus, ut hæres in societatem succedat, *d. l. nemo.* 35. *d. l. adeo.* 59. *hoc tit.* quasi & tale pactum naturæ societatis repugnet, ut quis invitus socius efficiatur, cùm non vult, *d. l. actione.* 65. §. *societas.* 11. *eod.* Excepta tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilitatem admissæ: manetque hoc casu societas etiam post mortem, nisi forte is mortuus sit, cujus contemplatione potissimum societas coita, aut sine quo ea administrari non possit, *d. l. adeo.* 59. *l. verum.* 63. §. *in hæred.* 8. *eod.*

Sed & si consensu plurium) Et si plures, quàm duo, societatem coierint, & unus tantùm ex his mortuus sit, totam tamen societatem dissolvi placet, id est, non tantùm dissolvi quoad personam hæredis defuncti, sed ita, ut nec qui supersunt, societati obligentur, *d. l. actione.* 65. §. *morte* 9. *hoc tit.* Ratio est, quoniam cùm plures societatem coeunt, alii aliorum contemplatione ad eam accedunt, ut proinde vel uno sublato, amplius in societate manere nolle videantur.

2 *Nisi in coeunda societate aliter convenerit*) Si in contrahenda societate inter plures nominatim convenerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui superstites futuri sint, societas maneat rata est inter vivos & consentientes conventio, *d. l. actione.* 65. §. *morte.* 9. Neque, quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat *l.* 35. *l. cum duobus.* 52. §. *idem.* 9. *l. adeo.* 59. *eod.* Confundit Hotomannus duo dissimilia pacta; pactum, quo placet hæredem in societatem succedere, quod ab Ulpiano improbatur; & pactum, quo inter plures societatem contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter superstites societas continuetur. Quod valere post Paulum in *d. l. actione.* 65. §. *morte.* 9. tradit Justinianus hic. Illud obiter monendi sumus, 3 cùm morte socii solvi dicitur societas, id non eo pertinere, ut hæres socii non teneatur actione pro socio ex ea obligatione, quæ stante societate nata est, aut ut non proponatur in eum actio, ut bonam fidem præstet, & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet, *d. l. nemo.* 35. & *l. seq. d. l. verum.* 63. §. *in hæredem.* 8. *d. l. actione.* 65. §. *morte.* 9. *hoc tit.* sed ut intelligamus, hæredem neque socium esse, neque in ullam partem commodi aut incommodi, quod ex ea societate esse possit, in reliquum tempus vocari.

Textus.

De fine negotii.

6. Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est, finitur societas.

Commentarius.

Si societas certæ alicujus negotiationis causa inita sit, puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique, fine negotio imposito, id est, empto distractoque vino aut frumento, societas extinguitur, *d. l. actione.* 65. §. *item. si.* 10. *d. l. verum.* 63. §. *ult. eod.* Sed in eo nihil proprium videtur societatis; utpote cui ea lex ab initio dicta sit. Idem est, si ad certum tempus contracta sit societas: nam exacto tempore ea expirat. *fac. d. l. actione.* 65. §. *item qui* 6.

Textus.

De publicatione.

7. Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur: nam cùm in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.

Commentarius.

Quod Paulus *d. l. actione.* 65. §. *publicatione.* 12. *hoc tit.* unde hic locus desumptus est, dicit, publicatione bonorum socii distrahi societatem, hoc Modestinus & Ulpianus dixerunt, societatem solvi capitis deminutione, *l.* 4. §. 1. *d. l. verum.* 63. §. *ult. eod.* Intelligunt enim capitis deminutionem maximam & mediam, cùm socius severitate sententiæ aut in servitutem redigitur, aut in insulam deportatur, quo casu bona damnati publicati solent, *l.* 1. *de bon. damn. l.* 8. §. 1. & 2. *qui testam. fac.* Poterat hæc species dissociationis etiam ad præcedens genus referri, ad eam videlicet, quæ morte socii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta est, hi jure civili pro mortuis habentur: eoque pertinet, quod dicitur in *d. l.* ve-

verum. 36. §. *ult.* homines interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione ad sequens genus referri potest. VINN. Atqui si obæratus bonis cedit, bona non publicantur, sed venduntur; nec is pro mortuo habetur, cujus substantia veniit, sed cujus bona ob delictum consecrata publicatave sunt. Vid. *l.* 63. §. 10. *l.* 58. *l.* 65. §. 1. & 2. *ff. pro soc.* HEIN.

Alius succedat) Intellige fiscum, qui bona damnatis ablata occupat, & sibi vindicat, *l. ultim. de bon. eor. qui ante sent. vel mort. sibi consciv. &c.*

TEXTUS.

De cessione bonorum.

8. *Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica & privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas. Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

NOTÆ.

8. *Bonis suis cesserit*) *Dict. l.* 65. §. 1. Hoc Modestinus dixit, egestate dissociari, *l.* 4. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

POstremo etiam egestate unius socii societas solvitur, *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* egestate scilicet extrema, id est, bonorum omnium, aut tantum non omnium amissione. Nam cùm societas contrahatur bonorum in commune quærendorum causa, non magis bonis sublatis societati locus esse potest, quàm sublata persona socii. Amittuntur bona aut civitate salva, veluti cessione, id est, si socius ære alieno oppressus bonis suis creditoribus cesserit, eaque à creditoribus distracta fuerint, *l.* 3. *de cess. bonor.* ac tum etiam societatem dirimi placet, *hoc text.* & *d. l. actione.* 65. §. 1. *eod.* aut civitate una cum bonis amissa, ut in specie præcedente: nam publicatione bona amitti, ipsum verbum publicationis satis indicat: eaque consideratione illa quoque ad hanc ratione dissolvendæ societatis referri potest. Sed & decoctione bona amittuntur & pereunt. Cæterum decoctione sola societatem solvi negat Stracha *de decoctor. part.* 2. *n.* 47. nisi ea ad manifestam egestatem socium rederit, *arg. d. l.* 4. §. 1. Quod & D. Tuld. probat *comm. hic. cap.* 7. Non puto autem, quod hic traditur de dissolutione societatis ob amissionem bonorum, locum habere eo casu, quo nihil pecuniæ in societatem collatum est, aut quo ille, qui operam tantùm contulit, bona salva civitate amisit, nisi forte ob bona amissa separatam operam præstare nequeat.

Si adhuc consentiant) Nihil prohibet, cum socio, qui bonis cessit, renovare societatem: quippe qui cùm civis maneat, alia bona acquirere potest, vel operis suis vel alieno beneficio, *l.* 6. *de cess. bon.*

TEXTUS.

De dolo & culpa à socio præstandis.

9. *Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est. Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.*

NOTÆ.

9. *Socius socio*) Ex Cajo *l.* 72. *h. t.* Actio pro socio ex utroque latere directa est: nam utriusque socii par est conditio.

Qualem suis rebus adhibere) Id est, mediam, qualem plerique patresfam. suis rebus adhibent, *l.* 11. *de per. & comm. rei. vend. l.* 35. §. 4. *de contr. empt. l.* 14. *de pign. act.* Levem itaque culpam, non etiam levissimam socius præstat. Quod & ipsum convenit regulæ de contractibus, qui utriusque gratia fiunt, *d. l.* 5. §. 2. *commod.*

De se queri) Eadem ratione utitur *sup.* §. *ult. quib. mod. re cont. obl.* ad excludendam culpam levem. Certior est illa, quam modo attulimus, quod in hoc contractu omnium versatur utilitas.

COMMENTARIUS.

1 *Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrum socius socio doli dumtaxat, an etiam culpæ seu negligentiæ nomine obligetur?*
2 *Ad quem diligentiæ gradum culpa in judicio societatis exigenda?*
3 *Nodus Gordius, quem nectit* l. 32. depos. *solutus.*
4 *Fortior ratio, ab quam socius mediæ præstatione diligentiæ obstringitur, quàm quæ hic in calce affertur.*

HÆc etiam sunt apud Cajum *l. socius.* 72. *hoc tit.* cujus verba huc transtulerunt Compositores. Habet autem hic locus majorem

rem difficultatem, quàm vulgo interpretes opinantur. Illud constat, societatem esse ex numero eorum contractuum, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, in quibus juxta regulam traditam in *l. 5. §. 2. commod.* (ubi nominatim quoque societatis mentio fit,) & dolus culpa præstatur. Sed & illud certum est, appellatione culpæ, quoties ea absolutè ponitur, aut dolo opponitur, levem perpetuo significari, latam culpam comprehendi nomine doli. Vid. *sub. §. 2. quibus mod. re contr. obl.* Quapropter nulla videtur esse probabilis dubitandi causa, utrum socius doli nomine dumtaxat, sicut depositarius; an verò etiam ob culpam seu desidiam ac negligentiam teneatur: quod tamen quæsitum esse ait hic Justinianus, & ex veteribus Ulpianus in *l. cum duobus. 52. §. 2. eod.* Illa sanè dubitandi ratio satis justa non est, quod socius propter suam partem causam habet gerendi: siquidem hoc à culpa neminem excusare potest; sed tantùm facit, ut culpa non æstimetur opposita diligentiæ summi gradus; id est, ne præstetur culpa levissima, *l. hæredes. 25. §. non tantum. 16. fam. ercisc.* Fortassis ideo de eo dubitatum putaveris, quia ut in calce hujus §. *& d. l. socius. 72.* dicitur, is qui parum intelligentem socium sibi adscivit, de se queri, suæque id facilitati atque incuriæ imputare debet. Et sanè hanc rationem Justinianus & Cajus alibi afferunt, tamquam ob quam placeat, depositarium dolum tantùm, non etiam culpam aut negligentiam præstare. *§. pen. sup. quib. mod. re contr. obl. l. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act.* Verùm iidem hoc loco, *& d. l. socius. 72.* eo argumento utuntur, non ut probent, socium de dolo tantùm teneri, sed ut probent, eum compellendum non esse ad præstandum exactissimam diligentiam, sive, quod idem valet, sufficere si mediam diligentiam adhibuerit, & culpa, exigenda ad communem hominum modum, careat. Sed non est, quod in eos nos torqueamus, cùm alia & certa ratio sit, quæ manifestè efficiat, ut in societate non modo dolus, sed etiam culpa præstetur; nimirum quia, ut jam diximus, commodum societatis ad omnes socios pertinet: quæ res etiam aperte socios separat à depositario, qui onus tantùm sustinet, commodi nihil expectat. Cæterum in hoc posita non est tota hujus loci difficultas. Vinn. Immo justissima videtur fuisse dubitandi ratio. Quod levem culpam præstare debeat socius, suadere videbatur natura contractus, ad utriusque emolumentum comparati. Ast quum hic contractus id singulare habeat, ut & socium sibi quisque adsumat, & si eum parum diligentem esse videat, illum suas res habere jubere possit; nulla videbatur ratio, cur socius eam a socio diligentiam exigeret, quam diligentes patresfam. in rebus suis adhibere solent, quum ordinaria ejus diligentia contentus, eum & elegerit, & socium sibi retinuerit. Quare demum placuit media sententia, ut levem quidem culpam præstet socius, sed non in abstracto, uti vocant, verùm in concreto, id est, non talem præstet diligentiam, qualem frugi patresfamilias adhibere solent, sed qua ipse socius in rebus suis utitur. Atqui latæ culpæ reus est, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis *l. 32. ff. depos.* Id quidem verum in iis contractibus, in quibus culpa levis in abstracto præstanda. Sic enim verum est, culpam levem esse, si quis non eam diligentiam adhibet, quam adhibet paterfamilias diligens: latæ profecto culpæ reus erit, qui in alienis rebus, ne ea quidem diligentia utitur, qua uti solet in suis. Plura eam in rem alibi diximus. Hein.

Qualem suis rebus adhibere solet.) Didicimus socium suo non modo eo nomine teneri, si quid dolo commiserit, verùm etiam nomine culpæ ac desidiæ: atque in hoc distare socium ab eo, cui res custodienda data est, seu depositario, qui dolum præstet dumtaxat. Porro nunc docemur, ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio societatis examinanda sit; quod & ipsum dubio carere videtur, si in societate quoque regulam de contractibus, quæ utriusque utilitatem tangunt, servari placet, & culpæ nomine ex usu juris auctorum levem tantùm accipimus, non etiam levissimam. Ait Justinianus, culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse, sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Quæ sunt ipsissima verba Caji in *d. l. socius. 72. hoc tit.* Hic verò nobis pene indissolubilem nodum nectit responsum Celsi in *l. quod Nerva. 22. depos.* ubi Jurisconsultus refert & probat, quod Nerva dixit, latiorem culpam dolum esse, scilicet vi & effectu, ut non minus, quàm dolus in deposito præstetur. Hujus autem culpæ reum esse ait, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis, sive, ut loquitur Jurisconsultus, qui non ad suum modum curam in deposito præstat. At nihil amplius Justinianus à socio exigere videtur: inter quem tamen & depositarium hanc ipse differentiam antea constituit; quod socius præter dolum etiam culpam & negligentiam præstet, depositarius

non

non item. Et cujus igitur rei præstatio socium à depositario segregat? Non aliter videtur hic nodus expediri posse, quàm si dicamus, Jurisconsultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet, quàm suam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præstet depositarius: aliquando verò id factum adscribere culpæ levi & negligentiæ, quam præstet socius, depositarius non præstet. Illud Celsus facit in *d. l. quod Nerva* 32. *depos.* hoc alii passim, ut Justinianus hìc Cajus in *dict. l. socius* 72. item Paulus *l. hæredes* 25. §. *non tantum* 16. *famil. ercisc. l. in rebus* 17. *de Jur. dot.* & Ulpianus *l.* 1. *de tutel.* & *ration. distr.* sed animadvertendum est, Celsum expresse proponere ignavum aliquem & dissolutè negligentem, id est talem, qui nec, ut ait ipse, ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat. Hunc ait, si ne ad suum quidem modum curam rei alienæ præstet, reum esse culpæ latioris, doloque proximum. Et merito; quoniam nullum hìc aliud extremum dari potest. At extra hunc casum, in homine videlicet diligenti ad communem modum, seu bono alioqui & frugi patresam. si quando is consuetam in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit, levem culpam id reputabimus: atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in re aliena ab aliquo exigitur, quam præstare solet in rebus propriis, *arg. d. l. quod Nerva* 32. *depos.*

De se queri sibique hoc imputare) Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia à socio exigenda sit, per *l.* 1. §. *is quo que* 5. *de oblig.* & *action.* & §. *pen. sup. quib. mod. re contr. obligat.* Sed in ea societate ea ratio ideo id non evincit, quia ex adverso alia est & fortior, ob quam justum sit socium præstatione mediæ diligentiæ adstringi; nimirum quia in hoc contractu omnium versatur utilitas: tantùm hoc efficit, ut à socio non sit exigenda diligentia summa atque exactissima, quam forte aliquis putet à socio præstandam esse, propterea quod ea societatis natura est, ut diligentiam quamdam atque industriam sociorum desideret, quam ipsam etiam singuli in se suscipere & tacitè promittere videntur. 4

TITULUS VIGESIMUSSEPTIMUS.

DE MANDATO.

Dig. Lib. 17. *Tit.* 1. *C. Lib.* 4. *Tit.* 35.

Continuatio. Definitio mandati, ejusque per partes explicatio: & alia scitu in primis necessaria.

SUperest contractuum, qui consensu obligationem pariunt, species quarta & postrema, mandatum videlicet. Mandatum, (quod à manu, quæ fidei symbolum est, dictum putatur,) est contractus, quo aliquid gratuito gerendum committitur & suscipitur. Ajo *gerendum*, quoniam mandare non est quovis modo committere, sed committere aliquid gerendum, quo admonemur, commendare aliquem non esse mandare, eumque, qui simpliciter amicum commendat, non obligari, etiamsi quid in eum propter commendationem istam collatum fuerit, *fac. l. si verò* 12. §. *cum quidam* 12. *hoc tit.* Unde vulgo dicitur, verba aut scripta commendataria non inducere obligationem mandati, *l. fideicommissa* 11. §. 2. *de legat.* 3. An & quatenus quis obligetur ex litteris credentiæ vel commendatitiis, in favorem alterius scriptis, si earum contemplatione quid creditum sit? vid. Gomez. 2. *var. resol.* 13. *n.* 5. Christin. *vol.* 3. *decis.* 34. *n.* 6. Gloss. & DD. *in l. si litteras* 7. *C. hoc tit. l. Lucius* 24. *de fidejuss. l. si verò* 12. §. *cum quidam* 12. *hoc tit.* Ajo *committitur* & *suscipitur*. Nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Etsi etiam mandatum verbi proprietate tantùm designet factum mandantis: tamen pro toto contractu passim accipitur & facto utriusque; veluti cùm dicimus mandatum contrahi, mandatum gratuitum esse oportere, obligationes, actiones mandati, &c. quod & in aliis appellationibus observatur, ut in stipulatione, acceptilatione, fidejussione. Cur dixerim *gratuito*, exponam *inf. sub* §. *ult.* Suscepto mandato statim ex consensu nascitur obligatio, & qui suscepit, susceptum consummare, & vicissim qui mandavit, eum indemnem præstare debet; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa; mandatario contraria, *pass.* *r*. & *C.*

C. hoc tit. Cùm autem mandati obligatio consensu consistat, consequens est, posse & per nuntium & per epistolam mandatum contrahi: nec referre, quibus verbis interponatur, *rogo*, an *volo*, an *mando*, an quo alio, ex quo mandatum intelligatur, *l. 1. pr. §. 1. & 2. eod.* Quin interdum etiam tacitè mandatum contrahi intelligitur, veluti si patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari, ut mihi credatur, *l. 6. §. 2. l. qui patitur 18. eod.* Præmittuntur hoc titulo varii fines & formæ mandandi: materia, effectus, contraria accidentia, & affinia dein sequuntur.

TEXTUS.

Divisio à fine.

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantùm gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantùm, sive sua & aliena, sive tua & aliena. At si tua tantùm gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum; & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

NOTÆ.

Mandatum contrahitur) Ex Cajo *l. 2. h. tit.* Mandare est gratuito aliquid gerendum committere. Vid. *inf. in comm.*

COMMENTARIUS.

Mandatum varias recipit divisiones. Nam aliud est expressum, aliud tacitum, *l. 6. §. 2. l. qui patitur 18. hoc tit.* Ab objecto dividitur in generale, quod universa alicujus negotia continet, & speciale, quod quædam, aut unum tantùm. Illud vulgo subdividi solet in generale simplex, & cum libera. De quo nonnihil diximus sub §. *nihil autem 42. sup. de rer. divis.* Hoc etiam pro conditione negotiorum, prout illa aut judicialia aut extrajudicialia sunt, distingui potest. Hìc alia proponitur divisio, sumpta à fine, eaque quinque partita, quod scilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantùm gratia, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena. Quæ eadem extat apud Cajum *l. 2. hoc tit.* Unde etiam sequentes §§. descripti sunt. In quibus singulæ istæ formæ exemplis illustratur. Poterat hìc addi & sexta species, quando trium personarum gratia mandatum intervenit, mandantis, mandatarii, & aliena, cujus exempla in *l. 8. §. 3. & 4. eod.*

At si tua tantùm gratia) Quod mandatum solius mandatarii gratia interponitur, forma tantùm externa mandatum est, revera consilium potius, quàm mandatum; & ideo vim obligandi non habet. Vid. *inf. §. tua tantùm 7.*

TEXTUS.

Si mandantis gratia mandetur.

1. *Mandantis tantùm gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.*

COMMENTARIUS.

1 *An & quando valeat mandatum incertæ rei?*

Exempla primæ speciei, seu ejus mandati, quod solus mandantis gratia intervenit, ex Cajo *d. l. 2. §. 1. hoc tit.* Apud Cajum pro eo? quod hìc legitur *sponderes*, est *fidejuberes*: quod à Triboniano repositum existimat Hotomannus, cùm veteres *spondere* dixerint, pro *fidejubere*, quasi apud Cajum & alios ejusdem ætatis, ut Javolenum, Julianum, non sæpius *fidejubere*, quàm *spondere* invenias. Locus hìc alioqui planus est. Enimverò occasione exempli mandati de fundo emendo quæritur, an mandatum rei incertæ [1] valeat, puta si quis generaliter mandaverit, sibi enim servum aut equum; vel si quis mandaverit sibi emi fundum aut domum sine demonstratione possessoris loci, modi, aut magnitudinis? Et probandum, in prioris generis mandato non esse eam incertitudinem, quæ mandatum vitiet; in posteriore esse infinitam, quæ non patitur mandatum valere, *arg. l. cum post 69. §. 4. de jur. dot. l. ita stipulatus 115. pr. de verb. obl. l. domus 71. pr. de legat. 1.* add. quæ disputamus sub §. *si generaliter 22. sup. de legat.* Planè si per relationem aut analogiam de modo prædii constare potest, puto mandatum consistere; veluti si mandavi domum emendam habitationi meæ, vel agrum, unde frumentum annum victui meo suppetat. Illud constat, non obesse mandato, quod pretium rei emendæ statutum non est: intelligitur enim, judicio mandatarii id relictum esse secundum æstimationem communem, *l. 3. §. 1. hoc tit.* D. Tulden. *comm. hic, cap. 2.*

TEXTUS.

Si mandantis & mandatarii.

2. *Tua gratia & mandantis, veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur; aut si volente te agere cum eo, ex fidejussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas*

agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.

NOTÆ.

2. *Ex fidejussoria causa*) Nam jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, *l. 5. C. de fidejuss.* quod mutatum *Nov. 4.* Commodum hic creditoris mandatarii in eo, quod judicium cum reo instituitur periculo mandantis, cùm absque mandato foret, ut relictione rei fidejussor liberetur, *l. ult. C. de fidejuss.* ubi demum id jus abrogatur. Exemplum hoc est in *l. 22. §. 2. l. 45. §. ult. h. t.*

Quem tibi deleget) Hoc mandatum in rem mandantis interponitur, quia bonum nomen facit creditor, qui delegatum admittit, propter novationem, *l. 26. §. 2. eod.* & in rem mandatarii, quia novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex mandato agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit, *d. l. 22. §. 2. l. 45. §. penultim.*

COMMENTARIUS.

Secundæ speciei, seu mandati, quod in rem mandantis fit & simul mandatarii, tria exempla hic proferuntur. Primum est, si mandem alicui, ut sub usuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilitatem meam mutuaturus sit. Hic manifestum est versari mandantis commodum, & propter lucrum usurarum etiam mandatarii: habet hoc exemplum & Cajus in *l. 2. §. tua & mea 4. hoc tit.* Alterum exemplum est, si fidejussor, metuens ne ex causa fidejussoria conveniatur, mandet creditori, ut cum reo potius agat suo mandantis periculo. Commodum hic fidejussoris mandantis in eo, quod judicio liberatur, cùm alioqui agi cum eo ex causa fidejussionis potuisset, reo principali neglecto: siquidem jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, *l. 5. C. de fidejuss.* de quo alio loco dictum est. Commodum creditoris mandatarii, in hoc quod judicium instituitur periculo mandantis: cum quo postea mandati agi potest in id, quod à reo servatum non erit: cùm absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur secundum tenorem juris antiqui, *l. ult. C. de fidejuss.* ubi demum id jus ab Imperatore abrogatur: quod vix unus & alter animadvertit. Tertium exemplum est, si is, qui centum debebat, cupiens ea obligatione liberari rogavit creditorem, ut ea centum suo mandantis periculo stipularetur à Titio, quem in hoc creditori deleget. Hoc etiam mandatum in rem utriusque interponi intelligitur: in rem debitoris mandantis, quia ea delegatione fit novatio, atque ex priore causa debitor liberatur: in rem creditoris mandatarii, quoniam novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex sequenti mandato cum priore agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit. Duo posteriora exempla sunt etiam apud Paulum, *l. si mandavero 22. §. 2. l. si mandati 45. §. pen. & ult. hoc tit.*

TEXTUS.

Si aliena.

3. *Aliena tantùm causa intervenit mandatum, veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.*

NOTÆ.

3. *Aliena tantùm causa*) Particula taxativa *tantùm* & apud Cajum bis expressa est, *d. l. 2. pr. & §. 2.* eamque & Theoph. agnoscit ut nimirum sit, Hotomannum & Pac. censere delendam vel ideo, quod eam Cajus non habet.

Ut Titii negotia gereres, &c.) In his exemplis etsi ab initio nihil interest mandatoris, tamen ex post facto ut intersit, fieri potest: nempe cùm ex gestu tuo mandator Titio obligari cœpit nomine negotiorum gestorum, *l. 28. de neg. gest.* Non obstat igitur, *l. 8. §. 6. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Adversus speciem hic propositam quæ difficultates moveantur?*
2 *Earum difficultatum remotio.*

Afferuntur hic ex Cajo *l. 2. §. hoc tit.* exempla tertiæ speciei, seu mandati aliena tantùm gratia interpositi: quæ species difficultate non caret. Etenim explorati juris est, nemini actionem competere, nisi ei, cujus interfit, *l. qui fundum 32. locat. §. alteri 18. sup. de inut. stip.* quod & nominatim in causa mandati cautum, *l. 8. §. mandati 6. hoc tit.* ubi Ulpian. sic scribit: *Mandati actio tunc competit, cùm cœpit interesse ejus, qui mandavit: cæterum si nihil interest, cessat mandati actio: & eatenus competit, quatenus interest.* Atqui ut Titii negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat, quæ sunt exempla hujus §. nihil interest mandantis: utique si Titius, qua Titius, & negotium, qua alienum, duntaxat consideretur: quo sensu alibi dicitur, nihil interesse mea, Titio dari. *d. §. alteri 17. l. stipulatio ista 38. §. alteri 17. de verb. obl.* Et omnino fatendum est, eum, qui man-

mandavit, actionem mandati non habere, nisi prius intersit. Sed respondemus, illud mandatum dici aliena tantum gratia intervenire, quod ut fiat, statim & ab initio nihil intersit mandatoris: neque enim ut mandati actio aliquando competat, exigitur, ut mandatoris intersit, quo tempore mandatum interponitur, sed sufficit, quandocumque ex postfacto incipere interesse. Ut ecce, possum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil interest, ut Titii negotia geras, & competet mihi tecum actio mandati, ubi mea interesse cœperit, id est, cùm ex gestu tuo Titio obligari cœpero nomine negotiorum gestorum, *l. si quis 28. de neg. gest.* Mandavi tibi, ut Titio pecuniam crederes, cùm mea pecuniariter non interesset, Titio credi: si non credideris, concedo nullam mihi tecum esse actionem mandati. At si tu mandatum meum secutus, (neque enim necesse est, te explorare, utrum mea intersit, necne,) pecuniam credideris, quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque vicissim mihi teneberis directa, si non ex bona fide omnia gessisti, *l. 6. §. si tibi 4. hoc tit.* Quod verò apud Ulpian. *d. l. 6. §. plane 5.* traditur, etsi mea non intersit, quod tibi mandavi, tua tantùm interfuit, mandati tamen actionem esse, si non esses facturus, nisi ego mandassem, de contraria mandati actione intelligendum est, quæ quibusdam casibus competit, etiam ubi nulla directa est, ut in specie *l. hæreditatem 32. in pr. eod.* Hæc mihi expeditiora videntur, quàm illa aliorum, quod ab initio etiam huic formæ mandati implicatum est commodum & interesse mandantis; dici autem, aliena tantùm gratia id interponi, non quia in proposito non simul interveniat causa mandantis, sed quia causa aliena hìc principalis; vel ut alii, quia persona aliena dumtaxat mandato comprehensa est, quam interpretationem vix admittit *d. l. 6. §. 4.* & respuere videtur particula taxativa *tantùm*, quæ bis etiam apud Cajum expressa est, *d. l. 2. pr. & §. 7.* ut mirer, Hotomannum & Pacium censuisse delendam, vel ideo, quod eam Cajus non habet. VINN. Rectè nodum hunc solvit Vinnius, quod & alii, in primis Marcilius ad *h. §.* faciunt. Omnino enim interest mandatoris, etiamsi aliena tantùm gratia mandarit. Quamvis enim alter inde utilitatem capiat, penes mandantem tamen est periculum, quippe qui actione mandati contraria tenetur, si mandatarius mandatum fuerit exsequutus. Vid. *l. 48. §. 1. ff. mand.*

TEXTUS.

Si mandantis & aliena.

4. *Sua & aliena, veluti si de communibus suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio sponderes.*

COMMENTARIUS.

Exempla speciei quartæ item ex Cajo *d. l. 2. §. 3. hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

TEXTUS.

Si mandatarii & aliena.

5. *Tua & aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes; quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantùm gratia intercedit mandatum.*

COMMENTARIUS.

Exemplum speciei quintæ, sive mandati interpositi in rem mandatarii & alienam, quod ipsum apud Cajum est *d. l. 2. §. 5. hoc tit.* Mandatarii hìc interest propter quæstum usurarum: alieni, propter usum pecuniæ. Incidit autem hæc species in eamdem dubitationem, quam habet tertia superius proposita, *§. aliena 3.* ubi dubitationem sustuli: & illinc igitur petere licebit, quod etiam hìc respondeatur.

TEXTUS.

Si mandatarii.

6. *Tua tantùm gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emptione potius prædiorum colloces, quàm fœneres; vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium, quàm mandatum est, & ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, qui mandabatur, cùm liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares. Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quàm si tibi mandatum esset.*

NOTÆ.

6. *Si otiosam pecuniam*) Id est sterilem, *l. 7. de*

de usur. seu vacuam, *l.* 28. *depos. l.* 24. *de praescr. verb.* quae domino nullum fructum affert, *l.* 23. §. 1. *de usur.*

Ut pecuniam Titio foenerares) Cùm demonstratur persona, mandatum est, cùm indefinitè mandatur, consilium, ut & Placentino videtur.

Commentarius.

1 *Mandatum quid differat à consilio?*
2 *Interdum mandatum solius mandatarii gratia interpositum consilii fines excedere.*
3 *Neminem ex consilio, si fraus absit, teneri.*
4 *Applicatio* l. 6. §. 5. hoc tit.
5 *Si quis alicui suaserit, ut pecuniam certae personae credat, tale consilium instar mandati haberi.*
6 *Tollitur difficultas, quae ex verbis Justiniani oritur.*

1 Quod mandatum solius mandatarii gratia fit, magis consilium, quàm mandatum est. Differt enim mandatum a consilio. Mandatum pars quaedam voluntatis est, ut quid fiat; consilium non est. Qui mandat, vult, & urget, ut fiat quod mandatum est. Qui dat consilium, consultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat. Chrisostom. *de virgin.* ὁ μὲν συμβουλεύων ἀφίησι τὸν ἀκούοντα κύριον εἶναι τῆς τῶν πραγμάτων αἱρέσεως, ὑπὲρ ὧν ποιεῖται τὴν συμβουλήν. Proinde cùm in specie proposita mandatoris nihil intersit, aut interesse possit, utrum alter mandatum ejus sequatur, necne, consuli potius, quàm mandari videtur negotium, quod eum tantùm, cui mandatur, tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat, vim tamen & effectum non habet, & revera species mandati non est, sed consilii, cujus nulla est obligatio, *hoc text. l.* 2. *pr.* & §. *ult. eod. l.* 6.
2 §. *planè* 5. *l. Quintus* 48. §. *ult. eod.* Planè potest mandatum solius mandatarii causa interpositum tale esse, ut excedat terminos simplicis consilii; & tunc etiam obligatorium est. Exemplum habemus apud Julianum *l. si haeredem* 32. *pr. eod.* Mandavit mihi aliquis, ut haereditatem adirem, cavitque insuper damnum praestari, cùm aliter aditurus non essem: si adierim, & damnum sensero, erit eo nomine mihi cum eo actio mandati. Plura ejusdem generis exempla fingi possunt.

Quia nemo ex consilio mandati obligatur) Ex consilio dato neminem obligari placet, etiamsi id consilium non expediat ei, cui datum est: eùm liberum sit unicuique, apud se explorare, an expediat, necne, sibi, consilium sequi,
3 *d. l.* 2. §. *ult.* Caeterum hoc ita, si à consilio absit dolus: nam si dolus & calliditas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit, qui consilium fraudulentum, quo alteri nocitum est, dedit, *l. consilii* 47. *de reg. jur. fac. l.* 8. *l. si legatarius* 23. *l. cum quis* 31. *de dol. l.* 2. *de proxen.* Ut enim ex consilio nemo obligetur ad hoc, ut praestet eventum, fidem tamen praestare debet, & si fraudem adhibuerit, minimè excusandus est. Bene Cicero *lib.* 16. *ad Atticum, epist.* 8. *Qui consilium dat*, inquit, *fidem praestare tenetur*; sed fidem tantùm. Nam, ut idem alibi, *Si fraus absit, ex consilio nemo tenetur*, & *qui consulit praeter fidem nihil praestat.* Cui simile est illud Ulpiani: *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio*, *l.* 47. *de reg. jur.* Itaque summa ratione apud Dionem *lib.* 52. Agrippa monet Augustum, ne iis, à quibus consilium petiisset, crimini duceret, si forte res secius, quàm illi existimassent caderet, his fere verbis: Τοὺς δ' ἁμαρτόντας μὴ ἀτιμάσῃς ποτὲ, μὴτ' αἰτιάσῃς, τὴν γὰρ διάνοιαν αὐτῶν δεῖ σκοπεῖν, ἀλλ' οὐκ ἐπιτυχίαν μέμφεσθαι.

Otiosam pecuniam) Otiosam pecuniam à prudentibus dicitur pecunia sterilis, *l.* 7. *l.* 13. §. 1. *de usur.* quae in arca jacet, nullumque domino suo fructum affert: cui opponitur occupata, id est, pecunia foenebris, quae usuras parit, ἔνεργα χρήματα. Demosth. *advers. Aphob.*

Hortatus fuerit, ut rem aliquam emere, &c.)
4 Quid ergo, si empturus aut pecuniam foeneraturus non fuisses, nisi ego mandassem? Ne sic quidem puto esse tibi mecum in proposito actionem mandati; quamvis refragari videatur, quod Ulpian. *l. si*, §. *planè* 5. *hoc tit.* scribit, mandati actionem esse, si quid feceris mandatu meo, quod alias facturus non eras, etsi mea non interfuit. Nam si istud tam latè interpretamur, quàm verba patiuntur, nemo fere erit, qui non obligetur ex consilio; cùm semper is, cui consilium datum est, dicturus sit, se, quod fecit, facturum alias non fuisse. Itaque Ulpiani responso accommodanda sunt exempla, non simplicis consilii, sed mandati, quale est in *l. si haereditatem* 32. *hoc tit.* & *simil.* Vinn. At manifestum est Ulpian. in *l.* 6. §. 5. *ff. hoc tit.* loqui de mandato, quod nec mandatis, nec mandatarii; sed aliena gratia interponitur. Si enim nunc res malè cedit, mandati actio contraria datur, quia mandantis fidem sequutus est mandatarius, *non facturus, nisi ille mandasset.* Quare non quadrat huic legi exemplum in *l.* 32. *hoc tit.* ubi de mandato mea & tua gratia interposito agitur; idque etiam agnovit V. C. Ger. Noodt. *Probabil. Lib.* 4. *cap.* 12. §. 6. *p.* 86. *seq. Tom. I. Op.* Hein.

Ut

Ut pecuniam Titio fœnerares) Aliud eſt, verbis generalibus quid conſulere aut ſuadere alicui, puta verbi cauſa, ut pecuniam fœneret ſimpliciter; aliud cum deſignatione certæ perſonæ, veluti ut pecuniam credat aut fœneret Titio. Prius meri conſilii eſt, quoniam hic res tota arbitrio conſultoris relinquitur, id eſt, illud etiam, cui pecuniam credat; & ob id, ſi minus idoneo crediderit, de ſe queri, ſibique hoc imputare debet; conſiliarius autem, ſi fraus non interceſsit, excuſandus: Poſterius vim habere mandati placet, eo quod hic auctor tuus fidem ſuam pro perſona deſignata interponere videtur, ut qui credis, fidem illius ſequi, aliter non crediturus. Itaque ſi, cùm Titius verbi gratia pecuniam mutuam à me peteret, aut pro alio petente fidem ſuam offerret, nollem autem aut debitorem eum habere, aut fidejuſſorem, quod ſuſpectæ mihi eſſent facultates ejus, tu conſuluiſti & hortatus es, ut facerem, idoneum eum eſſe affirmans; hoc conſilium tuum inſtar mandati eſt, atque ex eo, ſi quid ſecus mihi evenerit, teneri te eſt æquiſsimum, propterea quod tuam hortantis & ſuadentis fidem ſecutus ſum omnino, neque ſuaſore & impulſore feci, quod alias numquam feciſſem: quamvis ut facerem tua non interfuit. Ait Juſtinianus, quæſitum eſſe, *an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio fœnerares*? At hoc veri mandati exemplum eſt, ejus ſcilicet, quod mandatarii & ſimul aliena gratia interponitur: idem enim valent, ſive mandem tibi, ut pecuniam ſub uſuris Titio credas, ſive ut fœneres: quod mandatum certo jure obligatorium eſt: neque de eo unquam dubitatum videtur, non magis quàm de eo, quod aliena tantùm cauſa intercedit, veluti ſi tibi mandem, ut pecuniam Titio credas ſine uſuris, §. *præced.* junct. §. 3. *ſup. eod. l.* 2. §. 2. & *pen. eod.*

5

6 Quamobrem ſuſpicor, Juſtinianum abuſum verbo mandandi pro conſulendi aut hortandi, quo paulo ante uſus eſt, dubitatumque, an mandati teneatur, non qui ultro & ſponte ſua alteri forte nihil tale cogitanti mandat, ut pecuniam certæ perſonæ credat, ſed qui aditus & rogatus tale conſilium dedit, hortatuſque conſultorem eſt, ut faceret, citra animum ſe obligandi, ut ratio juris videatur denegare actionem; quam tamen ex bono & æquo dandam ſecundum Sabini ſententiam placuerit. Planè qui ſimpliciter affirmavit, idoneum eſſe eum, cui pecunia mutua dabatur, non interveniente mandato aut conſilio de credendo, mandati non tenetur, *l.* 2. *de proxenet. l.* 7. §. *ult. de dol.* & ibi Coſtal. Gom. 2. *reſol.* 13. *num.* 5.

Textus.

De mandato contra bonos mores.

7. Illud quoque mandatum non eſt obligatorium, quod contra bonos mores eſt: veluti ſi Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda mandet tibi: licet enim pœnam iſtius facti nomine præſtiteris, non tamen ullam habes adverſus Titium actionem.

Commentarius.

1 *Mandati rei inhoneſtæ nullam eſſe actionem, quamvis nihil flagitioſi habeat.*
2 *Ex delicto tam mandantem, immo & conſilium dantem obligari, quàm mandatarium.*
3 *An qui mandavit hominem vulnerari, ſi occiſus ſit, teneatur pœna homicidii? remiſsivè.*

Materia ſeu objectum mandati ſunt res licitæ & honeſtæ: turpium rerum & illicitarum nullum mandatum, nullaque in univerſum ex ullo contractu obligatio eſt, *l.* 6. §. 3. *hoc tit. l. nec prætermittendum.* 57. *pro ſoc. l. generaliter.* 26. *cum ſeq. l. ſi flagitii.* 123. *de verb. obl.* Itaque ſi quis ædem ſacram ſpoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, furtum faciendum, &c. ſuſcepit, neque pœnam, in quam propter flagitium, neque impenſas, in quas propter vulnus condemnatus eſt, in ſummam nihil mandati judicio conſequi poteſt, propter turpitudinem mandati, & quia proprii delicti pœnam præſtat, *l. ſi mandavero.* 22. §. *qui ædem.* 6. *hoc tit.* Sed & ſi nihil flagitioſi mandatur, ſi tamen alias, quod mandatur inhoneſtum ſit, nulla ex eo mandati actio eſt; veluti ſi adoleſcens luxurioſus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, & tu ſciens mandatum ſuſceperis, non habebis mandati actionem. Idemque obtinet, ſi mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas: quia ſimile eſt, ac ſi perdituro credideris, & adverſus bonam fidem, *l.* 11. §. *ſi adoleſcens.* 12. *eod. l.* 8. *pro empt.* Planè ſi Titius tuo mandatu aliquem occidit, aut vulneravit, aut contumelia affecit, etſi hic nulla ex contractu inter vos obligatio oritur, uterque tamen obligamini ex delicto: neque te, qui mandaſti, excuſat, quod Titius facinus perpetravit; neque Titium, quod tu mandaveris. Quin nec ipſis ſervis, qui mandatu dominorum deliquerunt, in atrocioribus ignoſcitur, *l.* 11. §. *an ignoſcitur.* 7. *quod vi aut clam. l. ſervus.* 20. *de obl. & act. l. ad ea.* 157. *de reg. jur.* atque hoc in tantum procedit, ut tu parem cum Titio pœnam ſuſtineas, *arg. l. nihil intereſt.* 15. §.

1

2

1. *ad*

1. *ad leg. Corn. de ficar. l.* 11. §. 3. *de injur. l.* 5. *C. de accus. l. pen. C. si reus vel accus. mort.* add. Clar. *lib.* 5. §. *fin. q.* 89. & ibi cit. cum citatis apud Baptist. Bajard. *in annot.* Sed & consilium quoque in delictis eadem pœna puniri qua mandatum, communis sententia est: utique si datum sit ei, qui alioqui nihil commisisset. Clar. *d.* §. *fin. q.* 89. Covar. *in Clem. si furiosus. part.* 2. §. 2. *de homicid.* Menoch. *arb. jud. cas.* 351. Quæritur, an is, qui mandavit, hominem vulnerari tantùm si mandatarius eum occiderit, pœna homicidii teneatur? Vid. Clar. *d. q.* 89. *n.* 4. Menoch. *arb. jud. cas.* 352. *n.* 2. Covar. *in d. Clement. p.* 2. §. 1. *n.* 3. Fachin. 1. *cont.* 36. Christin. *vol.* 3. *dec.* 49. ubi refert, negantium sententiam in judicio contradictorio probatam Senatui Mechliniensium, qui mandatum tale pœna extraordinaria puniverit. Illud convenit, in atrocioribus delictis etiam solum & simplex mandatum, hoc est, etsi non sequatur effectus, aut ad aliquem actum deventum sit, pœna arbitraria coercendum esse. Covar. *d. Clement. princ. part.* 2. *n.* 9. *vers.* 6. Menoch. *arb. jud. Cas.* 352. *n.* 6. Hæc obiter indicavi: neque enim hujus loci est, ea tractare latius.

TEXTUS.

De executione mandati.

8. *Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes; neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere, alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diversæ scholæ auctores rectè usque ad centum aureos te acturum existimant: quæ sententia sanè benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur.*

COMMENTARIUS.

1. *Fines mandati, qui excessit, actionem mandati non habere: quod exemplis illustratur.*
2. *An legati, aliive, qui mandatum à populo, &c. acceperunt, præcisè quod mandatum est, semper sequi teneantur?*
3. *Qui color Sabini & Cassii sententiæ hic relatæ prætexatur?*
4. *Contrariam Nervæ & Proculi merito prælatam, cum confutatione argumentorum Sabini.*
5. *Licet res tanti valeat, quanti empta est, tamen mandatarium quod ultra mandatum impendit, contrario judicio consequi non posse.*
6. *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ.*

1 Locus insignis de executione mandati. Mandatarius ad præscriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fines mandati egrediatur, aliudve faciat, quàm quod ei mandatum est: alioqui tanquam non impleto mandato repetitionem impensarum contrario judicio non habebit, quamvis ipse directo teneatur, *l. potest.* 41. *h. t.* Ut ecce mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeres: si tu Titianam emeris quamvis forte majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris implesse mandatum, *l.* 5. §. 2. *eod.* Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, egressus es mandatum: & ideo si fundum petam, non obstabit mihi exceptio, nisi & reliquum mihi, quod deest, mandatu meo præstes, & indemnem me per omnia conserves, *d. l.* 5. §. 3. Similiter si tibi mandavero, ut pro me in diem fidejuberes, tuque purè fidejusseris & solveris, interim non erit tibi mecum actio mandati, quia mandatum excessisti, *l. si mandavero.* 22. *eod.* Idque est, quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati custodiendos esse: eum enim, qui excessit, aliud quid fecisse videri, *d. l.* 5. *in pr.* Planè in finibus mandati constitisse videtur, qui fecit æquipollens, τὸ ἰσοδύναμον, veluti si rogatus fidejubere pro Titio apud Mævium, mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet, *l. ult.* §. *ult. eod.* Hìc 2 introduci potest quæstio agitata in philosophia, an legatus aliusve, qui mandatum à populo, principe, aut duce exercitus accepit, præcisè id omnes & solum, quod mandatum est, facere teneatur; an nonnumquam quædam etiam præter & contra mandatum, si videlicet ea aut videat, aut speret ei, qui mandavit utiliora fore? quam quæstionem problematicè tractat Agellius 1. *noct. Attic.* 13. Nobis in ista excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de custodiendis mandati finibus, vel maximè locum habere in negotiis publicis & bello, corrumpique atque dissolvi officium imperantis, si quis id quod facere jussus est, non obsequio debito, sed consilio non desiderato, respondeat, ut ait Agell. *d. loc.* Cæterum æquum nihilominus videtur, ut ratio aliqua habeatur circumstantiarum,

rium, puta vel temporis, ne dum nova & longinqua mandata expectantur, occasio rei ex utilitate mandantis gerendæ elabatur; vel certitudinis successus: quo utroque nomine excusari potest factum Phœbidæ Lacedemonii, qui missus in Olynthios injussu reipub. arcem Cadmeam occupavit consilio & ope Leontiadis Thebani: quod factum Agesilium defensorem habuit, Xenoph. *lib. 5. hist. Græc.* forte & ingenium ejus qui imperavit considerandum, facilisne sit & placidus, an Manlius aliquis, aut Posthumius: nam si tali præceptori ratio reddenda sit, nihil faciendum monerem aliter, quam præceptum est. Illud Cæsaris est: *Aliæ sunt legati partes, aliæ Imperatoris. Alter agere ad præscriptum, alter libere ad summam rerum consulere debet.* Cæs. *comment. lib. 3. cap. 51.* Sed de hoc fusius scriptores politici. Vid. Belold. *de legat. c. ult. & ibi citat.* & *ταί, ταί*, Giphan. *in præfat. comm. de Imp. inst.*

Adeo quidem ut Sabino & Cassio, &c.) Posito & generaliter recepto hoc jure, eum, qui alind facit, quàm quod mandatum est, non videri implere mandatum, quæri cœpit, quando idem aut aliud factum esse videretur, ut hinc judicari possit de actione mandati? Constitit autem dubitatio fere in hac specie, si quis, cùm ei mandatum esset, ut ad certum usque pretium fundum emeret, vel ad certam summam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, cæterum pluris, vel pro Titio spoponderit, sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio placebat, nullam hoc casu mandatario actionem mandati esse, etiamsi ad summam mandato conprehensam tantùm agere velit, paratus id, quod excedit, remittere: nec dubium, quin ideo, quod hic aliud factum putaverint, quàm quod mandatum erat: quamquam & alio argumento utebantur, quod iniquum esse dicebant, uni dari actionem, alteri denegari: id autem in casu proposito contingere, si mandatum egresso actionem damus adversus mandantem: mandati enim cum illo actionem non esse, *l. 3. in fin. hoc tit.* Vinn. Rectè Sabini & Cassii rationes pervidit Vinnius. Nimirum ex juris principiis negotia & actus sunt individua, quantitates dividuæ, *l. 2. §. 1. ff. de V. O.* Itaque qui fines mandati excessit, non pro parte exsequutus est mandatum, sed planè aliud quid egit, *l. 5. pr. & l. 33. ff. h. t.* Itaque nec actionem mandati pro parte habere poterit. Hein. Sed Nervæ & Proculo contra visum est, in hujusmodi specie saltem ad summam mandato expressam mandatarium rectè egere, quasi hactenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis, eum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, eum verum quoque est centum emisse; cùm utique majori summæ semper insit & minor, *l. 1. §. si stipulanti. 4. de verb. obl.* Itaque censuerunt, in hypothesi proposita centum juxta mandatum impensa, atque hactenus actionem mandatario rectè dari: quod amplius est, quia est extra mandatum, pro inutiliter adjecto habendum: quæ sententia merito recepta est, *d. l. 3. §. ult.* junct. *l. 4. l. rogatus. 33. h. t.* Nec video, quod in contrarium valeat alterum Sabini & Cassii argumentum, obscuriusculè à Paulo propositum *d. l. 3. in fin.* Nam si hæc eorum mens fuit, non esse mandati actionem cum eo, qui mandatum excessit, & ideo nec esse debere cum illo; apertè falsum assumunt. Nam pro certo jure traditum est, ei qui mandavit, competere judicium mandati adversus eum, qui mandatum egressus est, licet huic non competat adversus illum, *l. potest. 41. eod.* Sed opinor, hoc eos sensisse, cùm tu pluris fundum emisti, quàm ego mandaveram, puta centum & viginti aureis, cùm de centum tantùm mandassem, si ego in hujusmodi specie non rectè mandati tecum ago, ut mihi fundum tradas, quamtumvis parato mihi refundere pretium mandato comprehensum, id est, centum aureos; vicissim æquum non esse, ut tibi contrario judicio mecum experiri liceat, ut fundum statuto pretio recipiam, quamvis tu paratus sis, reliquum remittere. Cæterum in hac argumentatione manifestè vitiosa est illatio. Etenim nihil iniqui habet, ut ego tenear fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licet procurator meus eum pluris emerit; qui etiam reliquo remisso mihi gratificatur. At iniquum est, teneri procuratorem, fundum, quem emit centum & viginti, mihi tradere centum dumtaxat restituturo, ad quam usque summam ut emeret, tantùm mandaveram. In hac eadem specie de maudatario quæsitum est, non ab auctoribus juris sed ab interpretibus, an si fundus tanti valeat, quanti emptus est, non possit mandatarius etiam id, quod amplius impendit, & nimirum etiam viginti illa, contrario judicio repetere, non quidem mandati, sed negotiorum gestorum, tamquam extra mandatum utiliter impensa in rem & contemplatione mandantis? Visum id olim Martino fuit & Joan. Fabr. ex recentioribus Baroni, Myns. & Bronch. *1. miscell. 66. arg. l. 2. l. quæ utiliter. 45. de neg. gest.* Sed

Sed rectius id mihi negare videtur Joan. Bulg. & Accursius: quoniam actio negotiorum gestorum competere non potest ei, qui gessit invito domino, *l. ult. C. de neg. gest.* Id autem fit in specie proposita: nam qui fines mandati excedit, is, quatenus excedit, facit contra id, quod præscriptum est, & tantum non contra expressam prohibitionem mandantis, quippe eo ipso quod quis mandat rem sibi emi centum, prohibere intelligitur pluris sibi emi: quæ etiam voluntas modum & finem erogationi imponit, *l. liberto.* 31. §. *libertos* 4. *de neg. gest.* Et verò si mandatorem ultra id, quod impendi voluit, obligari dicimus, manifesta ei fiet injuria, aperieturque fenestra improbis hominibus callidè excedendi fines mandati. Utique mea nihil refert, utrum quis actione mandati, an negotiorum gestorum experiri queat. An ergo credimus, Jurisconsultum in *d. l.* 4. aut Justinianum hoc loco actionem mandati usque ad statutum pretium dumtaxat, idque ex humanitate secundum Proculi sententiam concedentes, in verbis ludere, atque in reliquum adhuc concedi voluisse actionem negotiorum gestorum? Aut Sabinum & Cassium, in totum denegantes actionem mandati, admisisse tamen actionem negotiorum gestorum? Argumentis auctorum contrariæ sententiæ facile occurri potest. Prætexitur æquitas, sed nullo colore. Nam mandatarius aut suo nomine pluris emit; & certum est, eum quatenus definitum pretium excessit, nullam omnino actionem habere: aut nomine mandatoris; & hìc non potest quidem mandator ultro conveniri, ut restituat totum, quod impensum est: cæterum si ipse cum mandatario agat, ut res tradatur, defenderetur mandatarius exceptione, nisi totum, quod erogavit, restituatur. Quid si facta sit traditio? Et siquidem mandatarius rem tradens pretium pro ea datum indicavit, mandator hoc ipso, quod rem recipit, ratam habere emptionem videtur: quod perinde est, ac si, ut tanti emeretur, ab initio mandasset, per *l.* 12. *in fin. de solut. l. semper.* 60. *de reg. jur. cap. ratihabitationem. x̃. eod. in* 6. Si verò pretium non indicavit, tenetur mandator, ubi resciverit, emptionem probare aut improbare, ea probata totum pretium restituere, improbata rem ipsam. Ita ferme Angel. & Sylvest. *hic* citato Saliceto, ad eumdem modum distinguente in *l.* 3. *hoc tit.*

Quod si minoris emeris, &c.) Qui rem aliquam minoris emit, quam ex mandato pluris emere poterat, non aliud facit, sed illud ipsum quod ei mandatum est: nec ideo mandati fines excessisse videri potest, ἔστι ἰώαυ τετύχηκε. Nam qui certa summa rem sibi emi mandat, etiam minoris, si possit, eam sibi emi mandasse intelligitur. Itaque dubium nunquam fuit, quin hic ad eam summam, quæ impensa est, mandatarius actionem habeat, *l.* 5. §. *ult. hoc tit.* Non idem intelligi debet, si quis mandaverit certo pretio rem suam vendi, eaque minoris vendita sit, *d. l.* 5. §. 3. *l. cum mandati.* 12. *C. eod.* dicendum esset, si pluris vendidisset: quippe multum refert, causa mandantis melior fiat, an deterior, *l.* 3. *pr. d. l.* 5. §. *ult. eod.*

TEXTUS.

De revocatione mandati.

9. *Rectè quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quod mandatum revocatione mandantis solvatur, contra communes regulas receptum esse: & quare?*

MAndatum itidem, ut societas, non tantùm solvitur communibus illis & ad omnem obligationem pertinentibus modis, de quibus *tit. ult. hujus lib.* sed etiam propriis quibusdam & remotis à communi lege dissolvendarum obligationum: quos modo ideo Justinianus etiam hìc tradere voluit, sicut *tit. præc.* perstrinxit modos finiendæ societatis proprios. Recensentur autem hì modi quatuor, quibus proprio jure mandatum solvitur, duo, quibus ex persona mandantis, revocatio, & mors mandatoris: totidemque, quibus ex persona mandatarii, mors hujus ipsius, & renunciatio.

Si, dum adhuc res integra, revocatum) Si re adhuc integra consensu mutuo à mandato recedatur, solvitur mandatum jure communi, §. *ult. inf. quib. mod. toll. obl.* at ut sola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatum, *l.* 12. §. *pen. l.* 14. *hoc tit.* videtur esse præter regulam, traditam in *l.* 5. *C. de obl. & act.* neminem ab obligatione semel constituta adversario non consentiente recedere posse. Cur igitur placet, mandatum hoc modo solvi? Nimirum quia is, qui mandavit, non obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Cur enim quod sua causa susceptum est, prohibeatur repudiare? Aut opera atque officio oblato non uti? Nec habet, quod queratur mandatarius, cujus nihil interest

rest, si re adhuc integra revocatio facta sit. Quid ergo si facta sit postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam mandatario per causam mandati quid abesse cœpit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut, quod post à mandatario fit, intelligatur non fieri ex mandato: cæterum hic ex antegesto, aut gesto antequam sciret, mandatorem revocasse, actionem mandati habet, ut consequatur, quod ei propter mandatum abest, ne damno efficiatur, per *l. 15. l. inter. 26. pr. hoc tit.* Illud etiam notandum est, revocationem mandati non tantùm expressè fieri, sed interdum etiam tacitè factum intelligi, ut in specie *l. pen. de reb. cred. & §. seq. in fin.*

Textus.

De morte.

10. *Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione: alioqui justa & probabilis ignorantia tibi damnum afferet. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: cùm alioqui stricta juris ratione non possent liberari: quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.*

Notæ.

10. *Libera ejus*) Non stricta quidem ratione, sed tamen ratione summa, διὰ τὸ φιλάγαθόν, id est, *propter utilitatem*, sed ex æquo & bono, *d. l. pen. de reb. cred. l. 11. in fin. depos. l. 18. l. 51. de solut.*

Commentarius.

1 *Proprium quoque mandati esse, quod morte tam mandantis, quàm mandatarii extinguatur: & cur id visum?*
2 *An eo etiam casu mandatum finiatur morte mandatoris, cùm mandavit quid fieri post mortem suam.*
3 *Quid sibi velit, quod additur, si integro adhuc mandato mors intervenerit?*
4 *Interdum mandatario post mortem mandantis implenti mandatum ex bono & æquo actionem dari: & quibus casibus?*
5 *Casus alius, & exemplum superioribus simile.*

Etiam morte, tam mandantis, quàm mandatarii, mandatum extinguitur, *l. inter. 26. & l. seq. §. 3. l. mandatum. 57. & l. seq. hoc tit. l. 15. C. eod. l. ult. de solut.* Et hoc quoque utrumque contra communem regulam juris, qua placet hæredem in universum jus defuncti succedere. Sed nimirum natura mandati tacitè continetur, ut ne mandatum personam egrediatur aut mandantis aut mandatarii: non mandantis; quippe quem sibi soli officiosam hanc operam ab amico præstari, & cui soli, ut amico, in eo gratificari mandatarium voluisse putandum est: non mandatarii; quia industriæ & fidei certæ personæ in hoc electæ res commissa fuit: quæ ratio expressa est in *cap. ult. x. de off. de leg.* significatur in *d. l. mandatum. 57. hoc tit.* explicatur in *l. 9. de curat. furt.* Cic. *pro Rosc. Comœd. cap. 39. Nemo enim mandat, nisi amico & fideli.* Itaque cùm præstatio officii in mandato, & ratione ejus, cui præstatur, & ejus qui præstat, tota personalis sit, mirum videri non debet, mandati obligationem cum persona eorum expirare, *l. 8. §. 3. de lib. legat.* Videamus prius de mandatore. Igitur si mandator integro adhuc mandato decesserit, dicimus, mandatum solvi, ut jam nec is, qui mandatum suscepit, id mortuo mandatore implere teneatur nec hæredes mandatoris obligentur, ut patiantur eum mandatum exequi, *d. l. inter. 26. & arg. l. seq. §. 3. b. t.* Ex quo intelligimus, neque illum, si mortuo mandatore mandatum executus fuerit, ullam adversus hæredes mandatoris actionem habere, neque ex diverso, si executus non sit, hæredes mandatoris agere posse, ut exequatur, aut id, quod eorum interest, præstet. De illo quæritur, an mandatum morte mandatoris usque adeo solvatur, ut idem probandum sit, etiamsi nominatim mandaverit quid fieri post mortem suam? Et in eo hæc distinctio communiter probata est, ut hujuscemodi mandatum post mortem mandatoris non finiatur, sed omnino implendum sit, si tale sit, quod non nisi post mortem ejus impleri queat; veluti si cui funeris sui curam mandaverit, aut ut post mortem suam sibi monumentum fieret, aut hæredibus suis fundus emeretur, *l. 14. §. 2. de relig. l. 12. §. ult. & l. seq. hoc tit.* Sin autem quod mandavit, eo vivo impleri potuit, mortuo eo mandatum extingui: veluti si jusserit debitorem suum post mortem suam solvere Titio, *l. ult. de solut.* cujusmodi etiam causa hæredibus, ad quos tum res pertinet, non obstante mandato, integra servata intelligitur. Similiter ex converso mandatum solvi placet, si mandatarius re adhuc integra decesserit; & ob id hæredes ejus non tenentur, quod ille susce-pit,

pit, exequi; & licet sponte executi fuerint, actionem tamen mandati non habent, *l. si quis* 27. §. 3. *l. mandatum.* 57. *hoc tit.* VINN. Atqui in *l.* 14. §. 2. *ff. de religios.* non datur actio mandati, quod factum oportet, si mandatum morte non extinctum fuisse; sed actio de dolo. Doli eum reus erat, *qui pecunia accepta funus non duxerat*, obligatus non ex contractu mandati, sed innominato do ut facias.

3 HEIN. Cur verò in utraque specie additur, si re adhuc integra mors intervenerit? Non sanè quod postquam res integra esse desit, seu interesse cœpit, morte alterius interveniente mandatum non solvatur, & adhuc liberè perfici posśit, quod cœptum est: sed quia obligatio mandati & actio ante mortem nata post mortem perseverat, *l. inter.* 26. *fac. d. l. mandatum.* 57. *& l. seq. eod.* Ut ecce, actio mandati statim competit, cùm cœpit interesse, *l.* 8. §. *mandati.* 6. *eod.* Et igitur sive mandatarius decesserit, quo tempore jam interesse cœperat mandatoris, puta cùm jam ille eamdem rem per alium explicare non poterat, sive decesserit mandator, cùm res non ampliùs integra esset mandatario, quod forte jam sumptus ad negotium exequendum necessarios fecisset, actio mandati semel alterutri quæsita neutrius morte intercidit, *dd. ll.*

5 *Tu ignorans eum decessisse executus fueris*) Etsi mandatum morte mandatoris extinguitur, & ideo secundum stricti juris rationem, quamvis mandatarius ignorans mandatorem decessisse mandatum impleverit, agere mandati non potest; tamen utilitatis causa, seu ex bono & æquo placet impleto per ignorantiam mandato actionem ei dari, *l. inter.* 26. *l. si præcedente* 58. *hoc tit.* quippe in hoc judicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, ut eleganter ait Ulpianus, *l. si fidejussor.* 29. §. *quædam* 4. *eod.* Atque hoc ipsum etiam admittendum videtur in ignorantia juris, puta si mandatarius, quamvis non ignoratus mortis mandatoris, errore juris persuasus id sibi incumbere, mandatum implerit, arg. ejus, quod de hæredibus mandatarii simili errore mandatum exequentibus Papianus respondit *l. mandatum* 57. *eod.* nam & alias cùm de damno vitando agitur, error juris nocere non solet, *l.* 7. *&* 8. *de jur. & fact. ign.* Illud hic quæri potest, an si forte ad consummationem mandati adhuc aliquid desit, id rectè absolvatur, vel à mandatario post mortem mandatoris ei cognitam, vel ab hæredibus mandatarii post mortem illius? In quo hæc distinctio probanda videtur, ut siquidem ea, quæ agenda supersunt, cum prioribus connexa non sint, tum non liceat, mandatario aut hæredibus ejus reliqua implere: sin verò connexam cum negotio cœpto rationem habeant, tum illis liceat, immo incumbat, *arg. l.* 5. §. *si tutor.* 5. *l. tutorem* 37. §. 1. *de adm. tut. l.* 13. *de tut. & rat. distr. l.* 3. §. *pen. de contr. act. tut. l.* 11. *C. arb. tut.*

Alioqui justa & probabilis ignorantia) Justa & probabilis ignorantia nemini fraudi esse debet; atque in proposito ne juris quidem, per *l. mandatum* 57. *hoc tit.* ubi ignoscitur hæredibus mandatarii, iisque actio conceditur, qui errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat, mandatum impleverunt.

6 *Huic simile est*) Quod dixit de mandato consummato post mortem mandatoris per ignorantiam mandatarii, illud illustrat exemplo simili, nempe creditorum per ignorantiam solventium manumisso dispensatori creditoris mandantis; quos ex æquo & bono liberari placet: quamvis stricta ratione juris non liberentur, cùm alii solverit, quàm cui oportebat, *leg.* 11. *in fin. depos. l. penult. de reb. cred. l. si quis.* 18. *l. dispensatori.* 51. *de solut.* Quod ut intelligamus, tria hæc scire oportet. 1. dispensatorem dici servum pecuniis domini exigendis & administrandis præpositum, *d. l. pen. de reb. cred. d. l.* 18. *de solut.* 2. qui servum dispensatorem facit, eum intelligi suis debitoribus mandare, ut ei solvant, *fac. l. qui hominem.* 34. §. 3. *de solut.* 3. qui servum dispensatorem manumittit, tacitè mandatum revocare. Est verò liberatio hæc communis omnium debitorum, qui ignorantes mandatum revocatum esse, procuratori quondam creditoris solverunt, *l.* 12. §. 1. *d. l. qui hominem* 34. §. 3. *de sol.*

TEXTUS.

De renunciatione.

11. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum est, aut quàm primum renunciandum, ut per semetipsum, aut per alium eamdem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuncietur, ut integra causa mandatori reservetur, eamdem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: ni justa causa intercesserit aut non renunciandi, aut intempestivè renunciandi.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur mandatum solvi placeat tempestiva renunciatione? & quid si intempestivè renunciatio facta.*

2 *Man-*

2 *Mandatarium præter dolum etiam culpam præstare, & qualem?*

3 *Justa causa interveniente excusari mandatarium licet non renunciaverit, aut non tempestivè.*

PRoponitur hìc & explicatur secundus modus, quo ex persona mandatarii mandatum finitur, nempe reuunciatio. Ut ergo revocatione mandantis, ita ex contrario & renunciatione mandatarii mandatum solvi placet. Quippe quod officii causam habet, non 1 magis reluctanti extorqueri, quàm invito obtrudi convenit: nec oportet quemquam difficilem esse in eo, in quo dispendium ejus nullum vertitur, *l. in creditore 38. de evictlon.* Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quàm sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut in tempore renunciet, *l. si mandavero 22. §. ult. si quis 27. §. 2. hoc tit. & pr. hujus text.* ut frustra objiciatur, *l. 5. C. de obl. & act.*

Susceptum consummandum, aut quàm primum renunciandum) *Dict. l. 22. §. ult. d. l. 27. §. 2.* Quo probatur, quod modo diximus, mandatarium sub disjunctione obligari, ut aut officium susceptum exequatur, aut cùm primum poterit, renunciet. Renunciatio aut tempestivè fit, id est, ita ut integra facultas mandatori conservetur eamdem rem æquè commodè explicandi; aut intempestivè, id est, eo tempore, quo jam mandator neque per se, neque per alium idem negotium expedire potest. Renunciatione tempestiva mandatum omnimodo solvitur, ut tamen actio competat ex antegesto. Intempestiva verò mandatarium non liberat, sed nisi justa causa intercesserit, tenetur nihilominus actione mandati; non quidem ut mandatum præcisè impleat, sed ut præstet, quod mandatoris intereft implecum esse, *dd. ll. hoc text.* sicut in cæteris quoque obligationibus faciendi evenit, *l. si quis 13. §. 1. de re judic. §. ult. sup. de verb. oblig.*

2 Circa obligationem mandatarii incidere solet quæstio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat? Dixeris præter præstationem doli & culpæ latæ nihil à mandatario exigendum secundum definitionem *l. 5. §. 2. commod.* esse enim similem depositario, seu ei, qui rem custodiendam accepit: utrumque beneficii debitorem esse, & contemplatione alterius rem suscipere. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos textus, quibus expresè traditum est, mandatarium non tantùm de dolo, sed etiam ob culpam teneri, *l. 8. §. ult. hoc tit. l. procuratorem 11. C. eod. l. contractus 23. de reg. jur.* Modestin. *in collat. leg. Mosaic. & Rom. tit. de depos.* Certum autem est, verbo culpæ absolutè posito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire. Sic enim disertè scriptum est in *l. à procuratore 13. C. hoc tit.* procuratorem dolum & omnem culpam præstare, solum casum improvisum non præstare. Ac ne quis putet, hoc pertinere dumtaxat ad procuratores forenses, non ad omnem mandatarium, utique ad quemvis mandatarium & procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re 22. C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in *orat. pro rosc. Amerino, cap. 38.* ubi de judicio mandati differens, ait, in minimis rebus teneri mandatarium, si quid non modo malitiosius, verùm etiam negligentius fecerit. Cur ergo in mandato recedimus à regula, quam in deposito servari placet? Nimirum ideo, quoniam, cùm in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is, qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere; & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur. Quod deposito non convenit. nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide opus est dumtaxat. Ex quo intelligimus, mandatarium comparandum esse non cum quovis depositario, sed cum eo, qui se deposito obtulit, quem omnem culpam præstare placet, non alia de causa, quàm quod offerendo se, de diligentia sua promittere videatur, *l. 1. §. sæpè 35. depos.* Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, quæ modo mandantis, modo mandatarii, modo utriusque utilitatem spectat: quoniam vident, eam distinctionem in commodato probatam esse, *l. 5. §. 2. in fin.* junct. *§. interdum 10.* & *l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius mandantis gratia intervenit, dolus dumtaxat, & culpa lata præstabitur: ubi utriusque gratia, etiam culpa levis; ubi solius mandatarii, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum non cadit: neque quicquam mandato cum commodato hìc commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum, etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit, *§. tua tantùm 6. hoc tit.* mandatarium tamen non obligat ullo modo: quip-

quippe cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium, quod gerendum suscepit, ad alium pertinet, *d. l. in re* 21. *C. hoc tit.* ut proinde cùm de obligatione mandatarii circa prædictas præstationes quæritur, mandatarius tantùm considerari debeat ut rem alienam gerens; quomodo etiam consideratur in *d. l. in re* 21. *& passim in hoc arg.* Planè in iis, quæ actum commissum consequuntur, interdum culpa aut fraude carere sufficit, *l.* 8. *§. ult. l.* 10. *l.* 29. *§.* 4. *hoc tit.*

Justa causa intercesserit, &c.) Hoc admisso renunciatione tempestiva mandatum solvi, consequens fuit, ut etiam propter intervenientem justam causam aut non renunciandi, aut intempestivè renunciandi, excusationes mandatarius allegans audiri debuerit. 3 Justa non renunciandi aut omittendi mandati causa est, veluti si actiones mandatario competituræ inanes illi futuræ sint, eo quod mandator solvendo esse desierit, ne forte mandatario pereat, quod impendit. Item inimicitiæ capitales, quibus intervenientibus nec mandarorem credibile est amplius opera mandatarii uti velle, nec ab hoc exigi debet, ut eamdem illi operam porro præstet. Non rempestivè renunciandi, adversa valetudo, aut similes casus, quibus impeditus tempestivè renunciare non potuerit, *l. sanè* 23. *l.* 24. *& l. seq. eod.*

TEXTUS.

De die & conditione.

12. *Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.*

COMMENTARIUS.

Mandatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest, ut hìc, *& l.* 1. *§. pen. eod.* & cùm mandati obligatio merè à consensu pendeat, potest per nuntium quoque vel per epistolam mandatum fieri ac suscipi, *d. l.* 1. *pr. & §.* 1. sed hæc, & alia id genus, *sub rubr.*

TEXTUS.

De mercede.

13. *In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et, (ut generaliter dicamus,) quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati sive depositi contrahitur negotium; iis casibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta, neque promissa, mandati competit actio.*

COMMENTARIUS.

1 *Honorarii sive salarii constitutione mandatum non vitiari: nec tamen de ipso salario actionem mandati esse.*
2 *Pactum de quota litis jure improbatum esse.*
3 *Operas liberales pretio nummario non æstimari.*
4 *In dubio præsumendum non esse fullonem, &c. operam gratis suscipere.*

Mandatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde nisi gratuitum sit, nullum est. Quippe officio atque amicitiæ contraria est merces, *l.* 1. *§. ult. l. ita ut* 36. *§.* 1. *hoc t.* alioqui videretur mandatarius καπηλεύειν τὴν φιλανθρωπίαν, beneficium cauponari. 1 Enim verò gratiam referre amicitiæ bene convenit, gratuitamque operam remunerare. Qua de causa mandatum esse non desinit, si remunerandi causa honor intervenerit, *l.* 6. *pr. eod.* ubi Jurisconsultus figuratè honorem appellat pecuniam remunerandi sive honorandi causa datam promissamve. Passim honorarium & salarium nominatur, *l.* 1. *in fin. pr. si mens. fals. mod. l.* 1. *§. in honorariis* 10. *de extraord. cogn. l.* 7. *l. qui mutuum* 56. *§. pen. hoc tit. l.* 1. *l.* 17. *C. eod.* & à mercede hoc differt, quod merces fere analoga sit operæ, seu ita constituatur, ut æstimationi operæ proportione respondeat; honorarium autem est voluntaria operæ gratis præstitæ remuneratio. Etsi verò honorarii sive salarii constitutio mandatum non vitiat, nec impedit, quominus mandati actio sit de iis omnibus, quæ mandati judicio peti potuissent, si salarium non intervenisset, *d. l.* 6. *in pr.* de ipso tamen salario mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet, *l.* 7. *l. qui mutuum* 56. *pen. eod. l.* 1. *C. eod.* Utique autem ut peti possit salarium, promissum & conventum esse oportet, saltem nudo pacto: si nullum constitutum sit, nullaque eo nomine persecutio est: in tantùm ut nec, si promissum sit, sed incertæ quantitatis, nulla adhuc sit aut extraordinaria salarii petitio, aut actio mandati, ut certum constituatur, *l. qui mutuum* 56. *§. pen. hoc tit. l.* 17. *C. eod.* sed hoc forte ad eos solos pertinet, qui familiaritatis causa operam præstant, non ad Advocatos, &c. per *l.* 1. *§.* 10. *& l.* 4. *de extr. cogn.* Certè hodie moribus nostris possunt advocati & Procuratores forenses (*mits overleveren de declaratie van hart*

besoigne

besoigne, conform de instructie van de boven ende lage vierscharen) petere salarium quamtumvis nullum pacti aut stipulati sint, dum tamen instructionem suam, quam Curia dedit, non excedant. Add. Guid. Pap. *quæst.* 67. Papon. *lib.* 6. *tit.* 12. *arrest.* 12. Garz. *de expens. & mel. cap.* 20. *num.* 15. Illud obiter notandum, pactum de quota litis, ut vulgo loqui amant, id est, cùm advocatus aut procurator ex eventu litis certam quantitatem salarii nomine paciscitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum esse, tamquam quod turpe atque adversus bonos mores sit, *l.* 7. *hoc tit. l. si contra* 20. *C. eodem*, *l. sumptus* 53. *de pact. l.* 1. §. *si cui* 12. *de extr. cogn.* Don. post alios, *in d. l. si contra* 20.

Mercede constituta incipit locatio esse) Modo tale factum sit, quod locari soleat: qualia fere sunt, quæ mercede eaque proportionata facto æstimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas liberales pretio nummario æstimari indignum est; ideoque nec cum iis, qui ingenio, patrocinio, fide, consilio operam impendunt, crediderunt veteres locationem & conductionem esse; & quidquid hic vel datum vel constitutum est, non merces, sed honorarium dicitur; de quo extra ordinem cognoscit prætor. Sed neque talis facti locatio est, unde nihil commodi pecuniarii ad alterum redit: veluti si pecuniam tibi dem, ut servum manumittas, non locatio & conductio est, sed contractus inominatus, *l.* 5. §. 2. *de præscr. verbor.*

Fulloni aut sarcinatori nulla mercede constituta, &c.) Id est, cum fullo aut sarcinator eam operam gratis & amicitiæ causa expressè susceperunt: alioqui non mandati actio, sed præscriptis verbis competit, *l. si tibi* 22. *de præscript. verb.* §. 1. *sup. de locat.* Bachov. ubi Cajus scribit, cùm gratis ejusmodi operam fullo aut sarcinator suscipit, mandati obligationem esse; cùm mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geri: si neque gratis, neque protinus data aut constituta mercede, sed eo animo, ut merces postea constitueretur & daretur, esse contractum inominatum, ex quo in factum actio, id est, præscriptis verbis detur. Talis autem animus utrinque præsumendus est, cùm fulloni, sarcinatori, & similibus, qui manuum opera victum quæritant, & spe lucri eam suscipiunt, aliquid faciendum datur, nisi nominatim convenerit, ut gratis præstaretur, *fac.* §. 1. *sup. de locat.*

TITULUS VIGESIMUSOCTAVUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

TEXTUS.
Continuatio.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Particulam* quasi *notam esse similitudinis, & simul improprietatis.*
3 *Falsos esse, qui putant, obligationem hic nasci ex tacita conventione.*
4 *Non esse confundendum tacitum cum facto, expressum cum vero.*
5 *Factum, unde hic obligatio nascitur, non male vulgo quasi contractum appellari: & quid sit?*

1 EXpositis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, progreditur ordine Imperator ad eas, quæ nascuntur quasi ex contractu. Quippe quibus in quadripartita illa distributione, proposita §. *ult. sup. de obligat.* secundum locum tribuit. Ait, *quasi ex contractu.* Particula *quasi* & similitudinis nota est, & improprietatis; quamobrem 2 rectè dicemus, quasi ex contractu obligationem nasci, cùm citra conventionem nascitur ex facto non turpi. Improprietatem noto, cùm dico citra conventionem: nam ex contractu nulla est obligatio fine conventione, *l.* 1. §. 3. *de pact.* Similitudinem, cùm dico, ex facto non turpi, id est, quod non cadit in speciem maleficii. Neque aliam rationem aut Cajus *l.* 5. *de obl. & act.* aut Justinianus *hoc tit.* reddunt, cur quasi ex contractu obligatio nasci dicatur. Sunt qui etiam ex conventione hic 3 obligationem nasci tradant, non quidem expressa, sed tacita: quod non probo. Nam quid refert, tacitè seu re & facto aliquo consensus declaretur, an verbis & conventione expressa? Utique enim tacita conventio non minus vera conventio est, *l.* 2. *l.* 4. §. *ult. de pact.* atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quàm verbis nuncupata. Quippe in omnibus contractibus,

quod tacitè inter contrahentes agitur, pro expresso habetur, *l. 3. de reb. cred. l. semper 14. de reg. jur.* Ita societas tacitè contrahi potest, *l. 4. pro soc.* item mandatum, *l. 6. §. 2. l. qui patitur 18. mand.* locatio conductio, *l. 12. §. ult. locat.* Denique conventio sæpe titulo contractus inclusa est, ut conventio restituendi in mutuo, commodato, deposito, pignore. Sed nec posse hic vel tacitam conventionem intervenire, intelligi ex eo patet, quod omnis conventio plurium est, *l. 1. §. de pact.* hic autem ex facto unius fere obligatio oritur. Adde, quod quasi ex contractu inviti quoque & ignorantes obligamur, *§. 1. infr. hoc tit. l. 2. de neg. gest.* adeo ut ea obligatione etiam furiosi & pupilli teneantur, *l. 3. §. & si 5. d. tit. l. furiosus 46. de obl. & act.* Postremo nusquam proditum est, ullum consensum hic vel tacitè intervenire, sed obligationem ex re nasci, *d. l. 46.* in eam nos incidere, *l. heredes 25. §. non tantùm 16. fam. erc.* utilitatis causa introductam esse, *l. 5. de obl. & act. §. 1. hoc tit.* Planè si quis tacitum appellet, non quod simpliciter expressum non est, sed quod nec verum est, sed fictum, & contra naturam gesti auctoritate juris præsumptum, *l. 3. in fin. cum l. seq. quib. ex cau. in poss. l. 13. in fin. commod.* hoc sensu per me licet, obligatio quasi ex contractu veniens dicatur nasci ex tacita conventione. Sed cavendum omnino est ab iis, qui nullum verum contractum agnoscunt sine expressa conventione, nullam veram conventionem, quæ non eadem & expressa sit: confundentes expressum cum vero, tacitum cum falso & ficto. VINN. Rem acu tetigit Vinnius, dum consensum tacitum negat esse fundamentum obligationum, quæ quasi ex contractu nascuntur. Bene quoque facit, quod concedit, quasi contractum ex consensu ficto vel præsumpto nasci. Hinc commodissimè definietur quasi contractus, quod sit *factum honestum, quo & ignorantes obligamur ex consensu ob æquitatem vel utilitatem præsumpto.* Si definitionem Justiniani, quam in *pr. hoc tit.* tradidit, sequimur, etiam pactum legitimum vel adjectum cum D. Pagenstechero pro quasi contractu venditare cogemur. Sin Vinnii descriptionem adoptamus; & generatio erit quasi contractus. Est enim factum non turpe, quo alter alteri (pater liberis ad alimenta præstanda) sine conventione obligatur. Et quot non tunc erunt quasi contractus? HEIN. Factum, unde hic obligatio nascitur, cum interpretibus, contemta quorumdam superstitione, quasi contractum appellamus. Nam etsi veteres non ita hic loquuntur, ut dicant, obligationem nasci; alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum similitudinem inducta sunt, ea nota sic distinguant; ex quibus hæc, quasi possessio, quasi maritus, *l. 32. §. pen. de don. int. vir. & ux.* quasi Serviana actio, peculium quasi castrense. Nonnumquam appellatione contractus etiam quasi contractus comprehenditur, *§. 1. infr. de act. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. 23. de reg. jur.* & interdum absolutè contractus vocatur, *l. 16. de neg. gest. l. ult. in quibus ca. pign.* largo scilicet modo, & per abusionem, *l. 3. in fin. cum l. seq. quib. ca. in poss.* Sic autem non male quasi contractum definiemus, factum omne non turpe, quo aut is, qui fecit, alteri, aut alter ei, aut uterque alteri, sine conventione obligatur. Hujus generis facta quinque hic recensentur, negotiorum gestio, administratio tutelæ, communionis rerum citra societatem susceptio, aditio hæreditatis, indebiti solutio.

TEXTUS.

De negotiorum gestione.

1. Igitur cùm quis negotia absentis gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum, qui gessit, directa competit actio: negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu propriè nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit, ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia: quæ sanè nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum, ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.

NOTÆ.

1. *Absentis*) Qui præsens patitur negotia geri, mandare intelligitur, *l. 6. §. 2. l. 18. mand.*

Contraria) Ita dicta, quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad mi-

minuendam ejus condemnationem, *l. depos. l. 6. in fin. de his qui not. infam.*

Ad exactissimam diligentiam) Fac. *l. 21. C. mandat. l. 24. §. 16. fam. erc. l. 24. C. de usur.* Tenetur ergo negotiorum gestor, non tantùm si quid lata aut levi culpa peccavit, sed etiam, si quid vel culpa levissima: nullaque causa est, cur levius obligetur, quàm depositarius, qui ultro se deposito obtulit, *l. 1. §. 35. depos.*

Nec sufficit talem, &c.) His verbis perspicuè significatur, etiam culpam levissimam à gestore præstari, *arg. §. 2. sup. quib. mod. re contr. obl.* ubi eadem præstatio & iisdem verbis imponitur commodatario. Interdum tamen dolus solummodo præstatur, ut in casu *l. 3. §. 9. de negot. gest.*

Commentarius.

1 *Negotiorum gestionem esse factum naturæ mediæ inter negotia, quæ utrinque, & quæ ab uno tantùm latere sunt obligatoria.*

2 *Actio ex gesto directa cui detur, item cui contraria? & quid utraque contineat.*

3 *Doline tantùm, an etiam culpæ, & cujus nomine gestor teneatur? accuratius, quàm vulgo.*

Prima species quasi contractus, negotiorum gestio. Ex Cajo *l. 5. de obl. & act.* Ait, *cum quis negotia absentis gesserit.* Videlicet sine mandato, aut ignorantis: nam si ex mandato gesserit, palam est, ex contractu nasci inter eos obligationem mandati. Si verò sine mandato gesserit, nascitur quidem & hìc ultro citroque obligatio. Cæterum hæ actiones nascuntur ex contractu, qui nullus interpositus est: quia non geritur negotium invicem; sed quia nec maleficium est, alia negotia sine mandato administrare, nec dominus negotiorum quicquam deliquisse intelligi potest, quasi ex contractu hìc obligatio oriri videtur, *d. l. 5. de obl. & act. l. 2. de negot. gest.*

Domino directa competit actio) Monuimus in explicatione, *§. 2. sup. quib. mod. re contr. obl.* quosdam contractus, qui ex uno tantùm latere esse quosdam contractus, qui ex utroque, nonnullos etiam esse naturæ intermediæ, ex quibus nec semper unus tantùm, nec semper uterque obligetur. Hujus generis, præter contractus reales, quos illic enumeramus, commodatum, depositum pignus, etiam mandatum est, & quasi contractus mandato similes, negotiorum voluntaria administratio, & tutela. Nam ut hi contractus & quasi contractus principaliter comparari non sunt ad obligandum eum, cujus res aut negotium est, ita nec ab initio ex his causis obligatur: sed ut obligetur, fit ex accidenti & per consequentiam, si quid alter de suo necessario aut utiliter impendit, alter autem statim tenetur, & directo, ex ipso contractu aut negotio. Hinc est, quod actio, quæ ex his causis domino proposita est, directa dicitur, & interdum principalis, *l. in commodato 17. §. 1. commod.* quæ adversus dominum contraria; quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem. Et in proposito igitur actio, qua negotiorum gestor tenetur domino, est & dicitur actio negotiorum gestorum directa, qua dominus per consequentiam tenetur gestori, qui per causam gesti quid abest, contraria.

Adversus eum, qui gessit) Ut gesti rationem reddat, & interdum non gesti, videlicet ejus, quod gerendum suscepit: nam novum inchoare non habet necesse, *l. nam & Servius 21. §. 2. de neg. gest.* Gesti obligatio duo continet. Restitutionem ejus, quod per occasionem negotii ad gerentem provenit, *l. 2. eod.* exempla sume ex *l. 8. §. 1. l. si quis 23. eod.* & damni ejus, quod perperam gessit, præstationem: cæterùm hìc lucrum cum damno casu dato pensatur, *l. 11. eod.* In non gesto non tantùm damni culpa aut negligentia dati ratio habetur, sed etiam lucri omissi: ad quod declarandum, accommodatissimum exemplum est, quo & veteres utuntur, in debitore, qui creditoris sui negotia gessit, *l. 6. §. ult. l. 7. l. divortio 35. eod.*

Negotiorum gestori contraria) Si modo utiliter negotium gessit: nam qui gessit inutiliter, actionem non habet, *l. 2. eodem.* Competit autem hæc actio ut & cæteræ ejusdem naturæ, de indemnitate, *l. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui not. inf.* & in proposito duarum rerum nomine comparata est: nempe ut præstetur & quod abest ei, qui utiliter gessit, puta si de suo quid erogaverit, aut quid consecutus non sit, quod alias consequi potuisset, & quod ei absuturum est, veluti si se in rem absentis alicui obligavit, *d. l. 2. l. si quis 26. de neg. gest. l. ob negotium 18. C. eod.*

Subita festinatione coacti) Sed & sæpe homines eo animo peregre proficiscuntur, quasi statim redituri, nec ob id curam negotiorum suorum mandant: deinde novis causis intervenientibus diutius abesse coguntur, *l. 5. in pr. vers. ideo, de obl. & act.*

Dominum habet obligatum negotiorum gestorem) Cujacius, Hotomannus, Wesembecius legunt, *habet obligatum dominum negotiorum.* Et ita quoque Theophilus legisse videtur.

Ad exactissimam diligentiam) Secundum regulam traditam *l. 5. §. 2. commod.* non plus à ne-

negotiorum gestore exigendum videtur, quàm à depositario, nimirum ut dolum præstet dumtaxat, non etiam culpam, nisi dolo proximam: quoniam non magis gerentis in causa negotiorum gestorum, quàm depositarii in deposito, commodum agitur: & tamen certi atque explorati juris est, non doli tantùm nomine, sed etiam culpæ gestorem obstringi, *l. 11. de neg. gest. l. tutori 20. C. eod. l. contractus 23. de reg. jur.* Sed nimirum, ut superius quoque sub §. 2. *sup. quibus mod. re contr. oblig. & §. propen. præc. tit.* monui, regula de dolo dumtaxat præstando in negotio, in quo suscipientis nulla versatur utilitas, vim suam perdit, cùm quis se negotio & officio offert; quod qui facit; de diligentia sua quodammodo polliceri & recipere videtur. At hoc facit, qui ad aliena negotia sua voluntate gerenda accedit. Qua eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum gestorem non tantùm eo nomine teneri, si quid consulto, lata aut levi culpa, peccavit, sed etiam si quid vel culpa levissima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque summa & exactissima, ut non excusetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior utilius negotia administraturus esset. Quibus verbis palam est significari, etiam culpam levissimam à gestore præstandam esse, cùm eadem planè præstatio & iisdem verbis imponatur commodatario, quem sanè etiam ob levissimam culpam teneri constat, *d. §. 2. sup. quibus mod. re contr. oblig. l. 1. §. & ille 4. de obl. & act.* Hoc quidem non obscurè indicat *l. hæredes 25. §. non tantùm 16. fam. erc.* ubi Jurisconsultus scribit, cohæredem & collegatarium in re communi dolum quidem & culpam præstare, diligentiam autem non majorem, quàm rebus suis: neque enim hos esse similes negotiorum gestori, ut summa ab iis diligentia exigi debeat; quoniam negotiorum gestor causam gerendi non habet, illi habent propter partem suam. Sed quod scriptum est in *l. 21. C. mand.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse, tam ad negotiorum gestorem, quàm mandatarium pertinet, & vel magis ad illum, qui se ingerit, quàm ad hunc qui rogatus gerit. Postremo nulla causa est cur levius obligetur, qui se miscet rebus ignorantis, quàm depositarius offerens se deposito. At hunc illa officii oblatio periculo depositi sic illigat, ut omnia præstet præter improvisos casus, sicut disertè scriptum est in *l. 1. §. sæpè 35. depos.* Dices, ita fore, ut nemo facile ad absentium negotia gerenda accedat; quod tamen ut fiat, ipsorum absentium interesse: nam si nemo sit, qui ea capessat, futurum esse, ut pereant. Resp. etiam interesse absentium, ne quis temerè se negotiis eorum immisceat, & diligentiorem forte antevertat. Neque enim semper negotia aliena urgente necessitate suscipiuntur, cumque id fit, doli tantùm nomine gestorem teneri placet: *l. 3. §. interdum 9. de negot. gest.* sed sæpè homines præproperè se alienis ingerunt, non affectione ducti ad negotia alioqui peritura accedentes, sed acti aut spe emolumenti, aut præpostera curiositate. Quo pertinet *l. culpa 36. de reg. jur.* ut vel maximè absentium utilitas in eo vertatur, ut quicumque se negotiis alienis nulla urgente necessitate immiscent, intelligant, nihil in eorum administratione omissum neglectumve impune fore. Interpretes communiter *post Gloss. hic*, statuunt, eo demum casu negotiorum gestorem propter culpam levissimam teneri, cùm alius diligentior ad gerendum se obtulit: nimirum verba illa hujus textus, *si modo alius diligentior, &c.* pro limitatione accipientes: quod non convenit sententiæ hujus loci, qui descriptionem quamdam continet exactissimæ diligentiæ, cui culpa levissima opponitur, *arg. §. 2. sup. quib. mod. re cont. obl. l. 1. §. & ille 4. de obl. & act.* add. Paul. *1. sent. 4. l. 24. C. de usur.* VINN. Aliquando & casum præstat negotiorum gestor, si vel tale negotium susceperit, quod gerere non solebat dominus, *l. 11. ff. de neg. gest.* vel casui causam & occasionem dederit, §. 2. *Inst. quib. mod. re oblig. contr.* Aliquando ne levem quidem culpam, sed dolum & culpam latam dumtaxat præstat: puta si quis affectione ductus, ne bona absentis distrahantur, se negotiis ejus obtulerit, *l. 3. §. 9. ff. de neg. gest.* HEIN.

TEXTUS.

De tutela.

2. Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non propriè ex contractu obligati esse intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. Sed quia sanè non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuæ sunt actiones. Non tantùm enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem; sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

COM-

Commentarius.

1 *Tutorem in rebus pupilli non tantùm dolu m, sed etiam culpam præstare.*

2 *Cur levem dumtaxat culpam, non etiam levissimam tutor præstet?*

Secunda species quasi contractus, administratio tutelæ. Necessarii quoque rerum alienarum administratores, veluti tutores, quasi ex contractu obligari videntur: neque enim hi aut tutelam suscipientes, aut susceptam administrantes, cum pupillis ullum negotium contrahunt; multoque minus ea res speciem maleficii aut quasi maleficii habet, *l. 5. §. 1. de obl. & act.*

Actiones mutua) Pupillo prodita est actio tutelæ directa, qua, finita tutela, *l. 4. de tut. & rat. distr.* tutorem convenire potest, ut rationem reddat administrationis suæ, & tam non gesti, quàm gesti, atque ut reliqua inferat, *l. d. tit. l. 7. l. 9. C. arbitr. tut. l. 2. C. si tut. vel cur. non gess.* Et quamvis in administratione tutelæ nulla versetur utilitas tutoris, placet tamen, tutorem in rebus pupilli non tantum dolum & culpam latam, sed etiam levem præstare, *l. contractus 23. de reg. jur. d. l. 7. C. arb. tut.* quod ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis constitui suasit. Quicquid ergo vel dolo tutoris, aut lata ejus culpa, vel etiam levi amissum vel non acquisitum erit, cùm conservari aut acquiri potuisset, hoc in tutelæ judicium veniet, *d. l. 1. l. cum tutor. 18. de tut. & rat. distr. d. l. 7. & l. 4. C. arb. tut. l. si tutori. 23. C. de adm. tut. l. 3. C. de peric. tut.* Enimverò quoniam necessitas gerendi excusatione digna est, si tutor pro captu suo bona fide facit, quod potest, non majorem diligentiam ab eo requiremus, quàm quantam suis rebus adhibere solet, hoc est, ut levem culpam præstet dumtaxat, non etiam levissimam, *d. l. 1. de tut. & rat. dist. d. l. 7. C. arb. tut. l. à tutoribus. 33. pr. de adm. tut.* Frustra verò ex *l. 4. C. de peric. tut.* quæ ait, à tutore fortuitos casus non præstari, quidam eliciunt, tutorem teneri ex cæteris causis omnibus, atque adeo ex culpa quoque levissima. Add. Pet. Fab. *ad l. 23. de reg. jur.* Vice mutua, tutor cum pupillo, cujus tutelam gessit, habet contrariam tutelæ actionem, qua, sive impenderit quid in rem pupilli, sive aut se, aut res suas pro pupillo obligaverit, & impensas recipiat, & ab obligationibus liberetur. *l. 1. in pr. l. ult. de contr. tut. act. l. ult. C. eod.* Hæc eadem mutatis personis ad curatores quoque & adultos transferenda sunt. *l. 8. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. l. 3. l. 4. l. 7. C. arbitr. tut. cum simili b.*

Textus.

De rei communione.

3. *Item si inter aliquos communis sit sive societate: veluti quod pariter eis legata donatave esset, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit; non intelligitur ex contractu propriè obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non tenetur quasi ex contractu teneri videtur.*

De hæreditatis communione.

4. *Idem juris est de eo, qui cohæredi familiæ ercifcundæ judicio ex his causis obligatus est.*

Notæ.

3. *Sine societate*) Datur quidem judicium communi dividundo etiam cùm ex societate res communis est, *l. 1. & 2. comm. div.* sed eo casu est ex contractu.

Et alter eorum alteri) Principalis fini judicii communi dividundo est, ut res dividantur, & à communione recedatur, *§. 4. & 5. infr. de off. jud. d. l. 1. comm. div. l. 1. fam. ercisc.* tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine, *l. 3. d. tit.* lucri, ut in *l. 3. C. eod. §. 4. inf. de off. jud.* damni, ut *l. 16. §. pen. l. 25. §. 16. fam. erc.* impensarum, ut *l. 18. §. 3. d. tit. l. 4. §. 3. comm. div. & hoc text.*

Quod socius ejus solus) Observat, socium dici etiam eum, qui rem cum alio communem habet extra causam societatis, puta collegatarium ejusdem rei, &c. sed ista societas voluntaria non est, sed necessaria.

4. *Qui cohæredi familiæ ercisc.*) Quippe semota hæreditatis divisione, cætera sunt utrique judicio cum altero communi, *l. 6. §. 11. comm. div.*

Commentarius.

1 *Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat?*

2 *Culpa in judicio communi dividundo ad quam diligentiam dirigatur?*

Tertia species, quæ quasi ex contractu obligationem producit, est communio rerum inter aliquos citra societatem susceptam. Rerum communio sic inter aliquos constituta,

 sive

five hæreditatis inter cohæredes, five rerum fingularum inter eos, quibus eadem res legata aut donata eft, quive fimul eamdem rem emerunt fine affectione focietatis, duarum rerum obligationem parit: nam & confortem ad rerum divifionem obligat, & in communione manenti præftationibus quibufdam, ad eam communionem pertinentibus, implicat, *l. item Labeo.* 22. §. 4. *fam. erc. l.* 4. §. 3. *comm. divid.* Prima & præcipua hic obligatio eft, quod confors, fi fponte communionem omittere nolit, compellatur ad divifiouem judicio divifiorio; in quo hoc maximè agi conftat, ut fua cuique parte adjudicata, à communione, quam nec fufcipere, nec retinere quifquam cogitur, *l.* 26. §. 4. *de cond. ind. l. ultim. C. comm. div.* difcedatur *l.* 1. *fam. erc. l.* 1. *comm. div.* §. *quædam.* 20. *inf. de act.* Divifio rerum qualis fit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio, explicatur §. 4. *& feqq. inf. de offic. jud.* Præftationes perfonales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impenfarum nomine, *l.* 3. *cum div.* Lucri, ut, fi quid ad unum è confortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet, *l.* 3. *C. eod. d.* §. 4. *inf. de off. jud. & hoc text.* Damni, ut, fi quid damni in re communi datum aut factum eft culpa aut negligentia unius, id cæteris proportione cujufque farciat, *l.* 16. §. *pen. l. hæredes.* 25. §. *non tantùm.* 16. *&* §. *item culpæ.* 18. *l. inter cohæredes* 44. §. *quod ex fact.* 5. *fam. erc.* Culpa autem non ad 2 exactifsimam diligentiam dirigitur: quoniam qui rem cum alio communem habet, propter fuam partem caufam habet gerendi; & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quàm qualem fuis rebus adhibere confuevit, *d. l. hæredes.* 24. §. *non tantum.* 16. Impenfarum, ut, fi quæ ab uno in res communes factæ funt, quas propter partem fuam neceffe habuit facere, ei à cæteris per rata refundantur, *hoc text. l.* 18. §. 2. *d. l. hæredes.* 25. §. *idem juris.* 13. *& feqq. fam. erc. l.* 4. §. 3. *comm. div.* Quorum omnium confequendorum caufa comparatæ funt actiones inter hæredes familiæ ercifcundæ, inter eos, quibus res una vel plures communes funt, extra caufam hæreditatis, communi dividundo, *tit.* π˜. *& C. fam. erc. & comm. div.* Sive autem propter præftationes illas, five propter divifionem rerum hæc judicia reddantur, femper quafi ex contractu proficifcuntur.

TEXTUS.
De aditione hæreditatis.

5. *Hæres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur, (neque enim cum hærede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius geffiffe propriè dici poteft,) & tamen quia ex maleficio non eft obligatus, quafi ex contractu debere intelligitur.*

NOTÆ.

5. *Hæres quoque*) Ex Cajo *l.* 5. §. 2. *de obl. & act.*

COMMENTARIUS.

1 *Hæredem propriè quafi ex contractu obligari legatariis & fideicommiffariis, non item creditoribus hæreditariis.*

Quarta fpecies contractus, aditio hæreditatis. Certum eft, hæredem adeuntem hæreditatem nullum cum legatariis, quos fortafsis ne novit quidem, negotium contrahere: fed & plus quàm manifeftum eft, nullum in ea re maleficium effe. Reftat ergo, ut ex hac caufa quafi ex contractu obligetur. Nimirum cùm quis hæreditatem fibi delatam amplectitur, fimul judicium defuncti agnofcere, feque oneribus, quæ ex voluntate defuncti fubeunda funt, fubjicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, taciteque iis fefe obligare videtur, *l.* 5. §. 2. *de obl. & act. l.* 3. §. *ult. & l. feq. quib. ex ca. in poff.*

Legatorum nomine) Hæres tunc propriè quafi ex contractu obligatur, cùm non alia obligationis caufa eft, quàm agnitio voluntatis defuncti. Itaque ex hac caufa tantùm tenetur 1 creditoribus teftamentariis, feu legatariis & fideicommiffariis, *d. l.* 5. §. 2. *de obl. & act. & hoc text.* Atque his folis actio perfonalis, quæ in ufu juris actio ex teftamento dicitur, & quafi ex contractu nafcitur, competit. vid. *fup.* §. 2. *de legat. & ibi not.* Creditoribus autem hæreditariis, id eft, creditoribus defuncti, non tenetur quafi ex contractu & facto fuo, fed ex ipfo contractu & facto defuncti, qui obligationem & actionem, qua illis teneri cœperat, in hæredem fuum tranfmittit. Hæ funt obligationes & actiones hæreditariæ, eædem nimirum illæ, quæ competebant adverfus defunctum, & ex eadem caufa. Inauditum enim eft, creditores hæreditarios actiones ex teftamento experiri. Ex legatis verò non eft obligatio hæreditaria, fed obligatio hæredis, quamvis hæreditariæ loco effe dicatur, *l. hæreditarium.* 40. *de obl. & act.* Eadem obligationis ratio eft & in legatariis & fideicommiffariis, à quibus quid relictum eft: eædemque adverfus eos actiones ejus rei obtinendæ caufa conftitutæ, *l. un.* §. *pro fecund.* 4. *C. de cad. toll. l.* 1. *C. comm. de legat.*

TEX-

Textus.

De solutione indebiti.

6. Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequatur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.

Notæ.

6. *Cui quis per errorem*) Facti quidem etiamsi subsit naturalis aliqua obligatio, quæ tamen destituta sit juris civilis auxilio, *l. 9. C. ad leg. Falc. l. 7. C. de cond. ind.* Cæterum etiam juris; si is, qui solvit, ne natura quidem qualis qualis debitor est, arg. *l. 7. de cond. ca. dat. l. 32. §. 1. l. 59. l. 66. de cond. ind. l. 8. de jur. & facti ign. l. 1. pr. ut in poss. leg. cum simil.*

Quasi ex contractu) Quia hæc res speciem negotii invicem gesti habet, *l. 33. de cond. ind.* Cæterum extra id, quod agitur, tacitè hìc obligatio nascitur, *l. 13. in fin. commod.*

Perinde obligatur) *L. 5. §. 3. de obl. & act.* Ex bono scilicet, & æquo, *l. 14. l. 66. de cond. ind.* cùm stricta ratione actus agentium non operentur ultra eorum intentionem, *l. 19. de reb. cred.*

Commentarius.

1. *Quando quis sciens indebitum recipit, furti obstringatur?*
2. *Quæ requirantur, ut indebitum solventi competat?*
3. *An ejus, quod errore juris solutum est, aliquando repetitio sit?*
4. *Sitne hæc obligatio ex vero contractu, an quasi?*

Quinta & postrema species, unde obligatio quasi ex contractu proficiscitur, est indebiti per errorem solutio. Habet hæc species magnam cum mutuo affinitatem, quæ causa est, quod *sup. §. 1. quib. mod. re cont. obl.* statim post contractum mutui etiam indebiti soluti mentionem fecit; sed cùm illic dicat, obligationem, qua tenetur is, qui indebitum accepit, ex contractu non consistere, tacitè significat, quasi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius ostendit ex Cajo, *l. 5. §. is quoque. 3. de obl. & act.* Res ita habet. Qui indebitum solvit, aut sciens ac prudens hoc facit; quo casu accipiens non obligatur, cessatque adeo repetitio, etiamsi ea mente dedit, ut postea repeteret, *l. 1. l. si non sortem. 26. §. 2. & 3. h. t. de cond. ind. l. 9. C. eod. l. cujus. 53. de reg. jur.* junct. *l. quod quis. 50. hoc tit.* Aut dubitans: qui si nominatim solutioni hanc legem dicat, ut reddatur, si postea apparuerit esse indebitum, ex vero contractu accipientem obligat ad restitutionem, *l. 2. eod.* Si verò simpliciter solvat; quasi ex contractu: siquidem dubitanti æquè ut erranti repetitio datur, *l. ult. C. eod.* Aut denique, quod plerumque fit, per errorem, seu ignorans se non debere; de qua specie passim agitur in π. & *C. de cond. ind.* estque eadem illa, in qua accipientem quasi ex contractu obligari hoc loco & *d. l. 5. §. 3. de obl. & act.* traditum est: quàm rectè, videbimus postea. In accipiente nulla erroris aut scientiæ distinctio est. Denique qui 1 sciens indebitum recipit, etiam furti obstringitur, *l. quoniam. 18. de cond. furt. leg. falsus. 43. in pr. de furt.* quod ita verum est, si creditorem se simulans alterum ad solvendum induxit: nam si pecuniam ultro sibi oblatam à debitore accepit, furtum non committi, *arg. d. l. falsus 43.* Castal. post Bart. *ad d. l. quoniam. 18.*

Cui quis per errorem indebitum solvit) Ut in 2 specie proposita solventi quæratur obligatio & soluti conductio, duo requiruntur; ut indebitum sit quod solvitur; ut solvatur per errorem. Primum exigimus, ut sit indebitum: nam debiti soluti nulla repetitio est. Et quidem nemo dubitat, quin cesset repetitio, si id quod solutum est, & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid si alterutro tantùm? Si tantùm jure civili, id est, ex obligatione, cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur; placet, locum esse repetitioni, *l. si non sortem. 26. §. 3. l. qui exceptionem. 40. l. ex his omnibus. 54. hoc tit. de cond. ind.* Nimirum tale debitum tantùm verbo ita dicitur, re autem debitum non est: quoniam jure naturali non debetur, adeoque nec jure civili vere deberi intelligitur, *l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil. 1. 2. de reg. jur.* Naturale autem debitum in hac causa pro vero debito habetur eoque etsi exigi non potest, solutum tamen, quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non reperitur: sententia innumeris locis tradita, *l. 10. de obl. & act. l. 16. §. naturales 4. de fidejuss. l. 3. §. ult. quod quisque jur. l. 13. l. 19.* hoc

hoc tit. Et verò cùm etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat, *l. 6. de compens.* summa ratione denegatur quoque ejus soluti repetitio. Sed & si debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus, solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: siquidem sententia judicis obligationem consensu constitutam perimere non potest; & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse, Julianus & Paulus responderunt, *l. 60. hoc tit.* Huc item plerique referunt exceptionem Senatusc. Macedoniani: nam & filiusfam. si mutuam pecuniam Senatusc. acceperit, & paterfam. factus perperam solverit, non repetit: quoniam naturalis obligatio manet, *l. 10. de sen. Maced.* Affertur & alia ratio denegandæ in hac causa condictionis, *l. 40. hoc tit. l. 9. in fin. de senat. Maced.* sed ea non est generalis, ut apparet ex *d. l. 60.* Atque ego in hac specie omnino distinguendum puto inter errorem juris & facti, *juxta not. inf. num. 3. in fin.* Enim verò naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & efficacis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si naturalis obligatio jure civili improbata sit, aut destituta juris civilis auxilio, qualis est mulieris intercedentis, *l. 16. §. 1. ad senat. Vell.* prodigi promittentis, *l. 6. de verb. oblig.* pupilli, sine tutoris auctoritate contracta, licet hæc admittat accessiones; ea non attenditur, & perinde repetitio datur, ac si quod ex ea causa solutum est, nullo jure debitum esset, *l. 9. C. ad senat. Vell. l. 41. hoc tit. l. 6. de verb. oblig.* Eodem jure civili insuper habetur obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris vel minus solemnis, vel legantis supra dodrantem bonorum. Ceterum hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *l. 9. C. ad leg. Falcid. l. 7. C. hoc tit.* Error duplex est; facti unus, scilicet cùm factum ignoratur, ex quo jus oritur; alter juris, cùm factum scitur, sed quid jus hìc

3 tribuat, ignoratur, *l. 1. de jur. & fact. ign.* Unde quæsitum est, quomodo accipiendum, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantùm, an etiam de errore juris. Veterum interpretum sententia est, si nulla subest naturalis obligatio, etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse: in quam sententiam & ipse concedo, cum D. Zas. *ad rubr. hoc tit. num. 5.* Sichard. *ad rubr. & l. 1. C. eod.* Wesemb. *par. eod. num. 9.* Christin. *vol. 3. decis. 8. num. 3.* Bachov. *de act. disp. 4. thes. 17.* Joan. Arn. Corvin. *in Enchiridio, tit. quibus mod. re contr. obl.* Movet me primum hæc ratio, quod condictio indebiti ex bono & æquo datur, *l. hac condictio. 66. hoc tit. de cond. ind.* cui omnino consequens est, eam non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi posse. At quam æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate conductionis excipere, cui quid solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod natura non debetur, sive quod causa debendi jure non valet, ut omnino non debeatur, sive quod effectum non habet, ut accidit in mere civili debito? Nam cùm tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensentur, *l. quæcumque. 14. de compens.* accessiones non admittat, *l. 3. §. 1. de pec. const. l. 7. de fidejuss.* cùm prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, quo ipso ostendit, se id pro debito non habere, per *l. 9. de jurejur.* quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, retineri posse? Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coegerit, ut promitteret, non possum adduci ut credam, solutum ex his causis retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse hoc solo prætextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali, aut quod metus causa. Et ne videamus sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *l. qui se debere. 7. de cond. cadat.* ubi disertè Julianus post Netvam & Atticinum respondet, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cùm exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutam errore juris. Similes loci sunt in *l. cum is. 32. §. 1. l. si fidejussor. 59. de cond. ind. l. 5. C. eod. l. quæ fideicommissa. 79. de legat. 2.* & apertissimus in *l. 1. ut in poss. leg. in pr. fac. item. l. mandatum. 57. mandat.* Porro etiam me movet, quod in toto *tit. π˜. de cond. ind.* quamvis prolixo, nusquam aut tantùm errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, sed perpetuo tribuitur errori simpliciter, sive quod solutum est omnino non debeatur, sive propter exceptionem perpetuam exigi non potest, *l. si non sortem 26. §. 3. l. qui exceptionem. 40. l. ex his omnibus. 54. eod.* ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiscumque sit, repetitioni non obstare, sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probat tum *d. l. si non sortem. 26. §. 3. & l. 24. eod.* tum ratio: ob quam placet, eum, qui sciens in-

indebitum solvit, non repetere; nimirum quia donasse intelligitur, *l. cujus.* 53. *de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob ca. dat.* quod de eo, qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putat, dici non potest. Postremo illud me movet, & vel maximè, quod traditur in *l. 7. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere: ex eo enim perspicuè evincere mihi videor, etiam id, quod per errorem juris indebitum solutum est, condici posse: nam si hoc negamus, illud fateamur necesse est, errorem juris etiam in amittenda re sua cuique nocere, contra sententiam Papiniani in *d. l.* 8. Neque video quid ad hoc responderi sine cavillatione possit. Nam certè illa Neotericorum dissentientium responsio captiosa est, quod condicens non laboret de re amittenda, sed de amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittat, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque veró de tempore condictionis instituendæ quæritur, sed factæ solutionis: negatque Papinianus errantem in jure rem suam amittere, videlicet sic, ut eam nunquam possit repetere; & quod idem Papianus in *l. 7. eod.* definit, ignorantiam juris suum petentibus nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Neque huic obstat, *l. 29. §. 1. mand.* nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant, debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat; & fidejussor, qui cùm id non ignoraret, nihilominus tamen solvit: negaturque hoc casu fidejussori competere actionem mandati; de condictione autem nullum ibi verbum. Quod verò dicitur juris ignorantiam nocere, *l. 9. de jur. & fact. ign.* sic accipiendum est, non prodesse, lucro non afficere; cæterum nec damno. Cæterum meminisse oportet ejus, quod initio diximus, ita errorem juris non impedire, quominus solutum condici possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is qui solvit, natura qualisqualis debitor est, quæ res simul justam retentionis causam accipienti tribuat, hoc sanè casu juris inter & facti errorem distinguendum erit, ut alteri denegetur repetitio, alteri concedatur. Ut ecce, cùm essem filiusfam. mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepi, & paterfam. factus solvi: si per ignorantiam juris, non repetam; si per errorem facti, contra, *arg. l. qui exceptionem.* 40. *de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. seq.* junct. *l. ult. de senat. Maced.* Solvi legatum vel fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solemnem: solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia; si errore facti, repetitionem habeo, si errore juris, non item, *l. 2. C. si adv. sol. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falc.* Non quidem ideo, quod hìc solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, per *l. 2. C. de fideicomm. l. in testamento.* 38. *de fideic. lib. l. 5. §. si quis.* 15. *de don. int. vir. & uxor.* justam facit retentionem. Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantùm tribuitur; ut in *l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 6. C. de cond. ind.* Nam profectò ob hoc solum, quod ego in jure erravi, ut justam retinendi ejus: quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hìc melius est favere repetitioni, quàm adventitio lucro, per *l. non debet.* 41. §. 1. *de reg. jur.* Vinn. Speciosa hæc: nec tamen solida regula juris est, juris ignorantiam cuique nocere, facti ignorantiam non nocere, *l. 9. ff. de jur. & fact. ign.* secundum hanc regulam, jus ignorantem indebitum si solverit, repetitionem non habere, eamque repetitionem tantum per ignorantiam facti competere, disertè dicitur in *l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 9. C. ad l. Aquil.* Quum vero minoribus & fœminis jus ignorare liceat, *l. 9. ff. de jur. & fact. ign.* hinc ea exceptio & in solutione indebiti obtinet, *l. 9. C. ad SC. Vellej.* Jus quoque singulare est in *l. 1. ff. ut in possess. leg.* idque ad exemplum non trahendum. Observavit hoc rectè V. C. Ger. Noodt *Comm. ad Pand. lib. 12. tit. 6. p.* 298. ubi & ad *l. 7. & 8. ff. de jur. & facti ign.* respondit. Hein.

4 *Magis ex distractu, quàm ex contractu*) Obligatio indebiti per errorem soluti non est ex contractu: nam omnis ex contractu obligatio est ex mutuo consensu & conventione. At neque qui in solutum dat, eo animo est, ut accipientem sibi obliget; neque qui accipit, ut alteri obligetur: sed datur & accipitur obligationis, quæ subesse putatur, tollendæ causa. Verùm extra id quod agitur, tacitè hæc obligatio nascitur, *l. 13. in fin. commod.* nimirum ex consensu ficto & præsumpto, & ideo quasi ex contractu; nam & qui solvit, interpretatione juris existimatur eo animo esse, ut si indebitum sit, accipientem ad restituendum obliget; & qui accipit ea conditione accipere, ut nihil alienum injuria retineat: quæ res speciem quamdam contractus & negotii invicem gesti habet, *l. si in area.* 33. *de cond.*

cond. ind. verum autem contractum non efficit, *l. non omnis. 19. de reb. cred.* quod etiam ex eo intelligere licet, quod condictio indebiti non datur ultra, quàm locupletior factus est qui accepit, *l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. de cond. ind.* si verò ex contractu & conventione descenderet, daretur in solidum. Illud paulo pinguius dicitur, accipientem obligari ex distractu: nam si esset ex distractu obligatus, ex quasi contractu non esset: quippe distractus & contractus nulla similitudo est; neque ex eo, quod verè & expressè agitur, hic nascitur obligatio, sed extra id tacitè inducitur ut jam ostensum est. Ac ne illud quidem verum est, ullum hìc intervenire distractum, cùm nulla præcedat obligatio, quæ distrahatur: neque putandum, hoc Imperatorem sensisse, cujus mens satis plana est, hæc scilicet, eum, cui indebitum per errorem solutum est, non obligari ex contractu: quoniam qui solvendi animo pecuniam dat, non hoc agit, ut accipientem sibi obliget, sed ut obligationem, qua se teneri falso putat, distrahat & dissolvat; & qui accipit, non ea mente esse, ut se obliget alteri, sed ut alterum, quem sibi obligatum existimat, ea obligatione liberet: quamquam neutrum revera fiat.

Textus.

Quibus ex causis debitum solutum non repetitur.

7. *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit: sic namque definierunt veteres. Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant: nostra autem constitutio cùm unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.*

Notæ.

7. *Repeti non potest*) Quasi solutum transactionis causa ad evitandum periculum dupli.

Ex quibus causis inficiando) Hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur, adversus negantem in duplum, *l. 23. §. pen. ad leg. Aq. §. 26. inf. de act.* Paul. 1. *sent. 19.*

Item ex legato) Et tertio ex causa depositi miserabilis, *l. 1. §. 1. & seq. depos. d. §. 26. inf. de act.* Sed nec quod transactionis causa, *l. 65. §. 1. de cond. ind.* aut dotis nomine datum est opinione debiti, repetitur, *l. 32. §. 2. eod.*

Non repetuntur) Nam sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. Julian. *l. 32. §. 2. de cond. ind.*

Commentarius.

1 *Causæ, ex quibus lis per inficiationem crescit.*
2 *Cur ex iis causis veteribus placuerit, indebitum per errorem solutum repeti non posse?*
3 *Nonnullæ aliæ causæ, ex quibus indebitum errore solutum non repetitur: & quid hic moribus nostris?*

Sunt quædam causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum repeti non potest: cujusmodi sunt illæ, in quibus lis seu actio per inficiationem crescit, hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur, adversus negantem in duplum, *l. inde Neratius. 33. §. pen. ad leg. Aquil. §. sed furti. 26. infr. de act.* Paul. 1. *sent. 19.* Crescit hoc modo lis per inficiationem tribus, in causis, uno comprehensis à Justiniano *d. §. sed furti. 26.* Primo in actione legis Aquiliæ de damno dato, *d. l. inde Neratius. 23. §. pen. l. item veniunt. 20. §. 4. de hær. petit. l. 5. §. 2. de serv. corr.* Paul. *d. loc.* Deinde in actione depositi miserabilis, id est, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa factum est, *l. 1. §. 1. cum seqq. depos.* Postremo in actione legatorum religionis aut pietatis intuitu relictorum, *d. §. sed. furti. 26.* Ex his causis si quis per errorem solvit, quod non debebat, ejus secundùm definitionem veterum nullam repetitionem habet, *l. 4. C. de Cond. ind. & hoc text.* Cujus rei 2 ratio perobscura est: nam manifesta æquitas reclamare videtur. Non habeo, quod respondeam, nisi quod verisimile est, certis in causis receptum fuisse, ut interrogati in jure, si negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent: unde postea inductum, ut qui ex his causis conventus solvisset quantumvis indebitum, non repeteret; quasi simplum ideo solverit, ne inficiando periculum dupli subiret, & ita quasi transigendo hoc periculum à se amovere voluerit. Oportet verò causam aliquam subesse, verbi gratia, damnum esse datum, licet forte non ab eo, qui conveniunt, sed ab alio, legatum aliquod in pios usus

usus relictum esse, licet forte minus solemniter. Nam si nullum damnum datum sit, aut nihil relictum, puto, locum esse repetitionis quod etiam interpretes notant. Excipiuntur & aliæ causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum non repetitur, ut causa dotis, & 3 transactionis. Quod dotis nomine solutum est, puta à matre aut sorore, licet falsa opinione debiti, tamen pietatis ratio efficit, ut non repetatur, uti traditum est in *l. cum is* 32. *de cond. ind.* Similiter quod transactionis causa datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, ne lites resuscitentur, *l. in summa* 65. §. 1. *eod. l.* 2. *C. de transact.* Excipiunt & causam judicati; sed malè, quoniam regula est de indebito soluto: at quod ex causa judicati solvitur, id vel maximè debitum est: quippe quod etiam ab invito exigi potest; ut mirum non sit, pecuniæ ex ea causa solutæ repetitionem non esse, vid. Cujac. *par. C. de cond. ind.* VINN. Magis expeditum est cessare conditionem indebiti in pœnis, *l.* 42. *ff. de cond. ind.* necnon in iis causis, ex quibus recentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, *l.* 51. *ff. eod.* cujus rei exemplum est in *l.* 33. *eod.* HEIN.

Per damnationem) In legatis per damnationem relictis olim lis inficiatione crescebat. Paul. 1. *sent.* 19. quod in his legatis receptum fuisse videtur propter severitatem judicii testatoris, hæredem suum dare damnantis, haud secus ac judex reum convictum condemnat; quasi majori odio dignus sit qui inficiatur, quod testator tam enixè voluit, & severè imperavit, quàm qui legatum simpliciter datum negat.

Nostra autem constitutio) Constitutione Justiniani, quæ extat in *l.* 2. *C. comm. de legat.* legatis omnibus & fideicommissis eadem natura attributa est. Illa autem constitutio, qua jus, de quo hìc agitur, ad legata & fideicommissa religionis aut pietatis causa relicta coarctavit, non extat; & credibile est, Græcè scriptam intercidisse.

Religionis vel pietatis) Religionis intuitu quod relinquitur Ecclesiis, cœnobiis, pietatis intuitu, xenodochiis, nosocomiis, orphanotrophiis, &c. Nostris moribus jus hoc §. constitutum exolevit nullaque lis crescit inficiando. Groenew. *de leg. abrog. hic.*

TITULUS VIGESIMUSNONUS.

PER QUAS PERSONAS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

C. Lib. 4. *Tit.* 27.

Ratio ordinis.

HUc usque expositæ sunt duæ illæ obligationum causæ, contractus & quasi contractus. Quoniam autem ex his causis non tantùm per nosmetipsos & facto nostro obligationem acquirere possumus, sed etiam per eos, qui in potestate nostra sunt, vel revera, vel justa opinione nostra, de eo nunc conclusionis loco aliquid subjicitur ad eumdem modum, quo *sup. lib.* 2. disputationem de acquirend. rer. dominio concludit titulus *per quas pers. cuiq. acquir.* Unde etiam pleraque, quæ ad explicationem hujus loci pertinent, petere licebit: nam quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

TEXTUS.

De his qui sunt in potestate.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus, acquiri nobis non solùm per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat; quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum, proprietatis & ususfructus, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem.

NOTÆ.

Quod autem per liberos) Quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

Patre actionem movente) Utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Filii tamen consensus quoque adhibendus, nisi adhuc in prima ætate sic constitutus, *l. ult.* §. 3. *C. d. tit.*

Novellæ nostræ constitut.) *D. l. ult.* Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito.

to. In summa sic habe. Ex castrensi & quasi castrensi peculio filius sibi pleno jure actiones acquirit, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfruct.

COMMENTARIUS.

Veluti per servos) Quemadmodum res cæteræ per servos nostros nobis acquiruntur, sic etiam obligationes, earumque jus integrum ac solidum ad dominum pertinet, *l. 1. & passim, de stip. serv. & sup. eod. tit.* ubi de hoc explicatum est.

Quam nostra decrevit constitutio) Theophilus *διώρισε*, *discrevit*. Intellige autem *l. cum oportet 6. C. de bon. quæ lib.* ubi ea omnia, quæ peculii adventitii nomine continentur, ita partitur, ut eorum usumfructum assignet patri, filio proprietatem. Peculii profectitii castrensis & quasi castrensis quæ ratio sit, docetur §. 1. *sup. per quas pers. cuiq. acq.* Unde summatim illud intelligitur, ex castrensi & quasi castrensi peculio filium sibi pleno jure actiones acquirere, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

Secundum novellæ nostræ) Licet ex causa peculii adventitii filiofam. proprietas quæratur, patri tantùm ususfructus, quod minus est; placet tamen, solum patrem actiones exercere, & excipere, utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Adhibendus tamen est filii quoque consensus, nisi is prima adhuc ætate sit constitutus, vel longè absit, *l. ult. §. ubi autem 3. C. de bon. quæ lib.* quæ est illa novella constitutio, cujus hìc meminit Justinianus. Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito, qui solus tunc, cùm Institutiones scriberentur, pro Codice erat. Nam constitutiones emissæ post priorem Codicem, novellæ vocitatæ sunt usque ad posterioris Codicis, cui insertæ sunt, editionem; quemadmodum nunc constitutiones promulgatæ post secundum Codicem, Novellarum titulo circumferuntur.

TEXTUS.

De bona fide possessis.

1. Item per liberos homines & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis, sed tantùm ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.

De servo fructuario, vel usuario.

2. Per eum quoque servum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.

NOTÆ.

1. Per liberos homines, &c.) Vid. *sup. §. 4. per quas pers. cuiq. acq.*

2. Vel usum) Abest à vetustis codicibus teste Accurs. & delendum. Constat enim ex operis servi, in quo nudum usum habemus, non aliter nobis acquiri, quam si operis ejus utamur in re nostra, *l. 14. l. 16. §. 2. l. 20. de us. & habit.*

COMMENTARIUS.

Etiam per eos, qui à nobis bona fide possidentur, sive liberi sint, sive servi alieni; item per servos, in quibus usumfructum habemus, obligatio nobis acquiritur; cæterum duabus dumtaxat ex causis, ex operis eorum, & ex re nostra. Sed & hoc pluribus explicavimus *sub §. de iis autem 4. sup. per quas pers. cuiq. acq.*

Vel usum) Has voces à vetustis quibusdam codicibus abesse notat Accurs. & probabiliter delebuntur. Nam sanè usuarius non idem jus habet quod fructuarius, ut ex utraque prædicta causa acquirat. Constat enim, ex operis servi, in quo nudum usum habemus, nobis non aliter acquiri, quàm si operis ejus utamur in re nostra, *l. per servum 14. l. si ita 16. §. 2. l. servus 20. de usu & habit.* vid. *sup. §. 3. eod. t.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit; veluti cum ita stipulatur, Titio domino meo dare spondes? *Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur; tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantùm acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.*

COMMENTARIUS.

Si servus communis sit plurium dominorum, quibus & quatenus acquirat, disces ex §. *ult. sup. de stip. serv. & ibi notat.*

Post nostram decisionem) Est *l. ult. C. per quas pers. nob. acq.* ubi veterum super re proposita controversiam decidens sic in summa cavet: Cùm unus ex dominis servum stipulari jubet, & is nominatim alteri domino stipulatur, siquidem is, qui jussit servum stipulari, jussit specialiter, ut stipularetur sibi, seu suo jubentis nomine, statuit Justinianus, ut stipulatio acquiratur jubenti, ita ut hoc casu plus valeat jussio, quàm nominatio: sin autem is, qui jussit servum stipulari, simpliciter jussit, hoc casu vult obligationem acquiri nominato; ut hìc nominatio plus valeat, quàm generalis jussio: cujus distinctionis meminisse

de

debuerat Tribonianus. Quod si simpliciter ab uno stipulari jussus, simpliciter quoque, id est, nullo dominorum nominato, stipulatus fuerit, hunc casum apud veteres jus certum habuisse indicat, ut tunc ei soli acquiratur, qui jussit.

TITULUS TRIGESIMUS.

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 4. *Tit.* 2. 3. 4. *C. Lib.* 8. *Tit.* 42. 43. 44.

Continuatio. Quibus modis aut ipso jure, aut per exceptionem tollatur obligatio.

EXplicatum hactenus, quibus modis obligatio contrahatur: commodum nunc subjungitur, quomodo rectè ab initio constituta distrahatur, ejusque nexu debitor liberetur, quamquam & differri hæc tractatio potuit, donec de obligationibus quoque, quæ ex delicto vel quasi ex delicto nascuntur, præceptum esset. Modi distrahendarum obligationum multi sunt, quorum alii ipso jure liberant, alii per exceptionem seu tuitione prætoris. Ipso jure liberant solutio, acceptilatio, novatio, dissensus utriusque partis interdum, obligationis confusio, *l. sicut* 75. *l. pen. de solut. l.* 7. *C. de pact.* debiti oblatio & consignatio, *l.* 9. *C. de solut.* compensatio, §. *in bonæ* 30. *inf. de act.* duarum causarum lucrativarum in eamdem rem & personam concursus, *l. omnes* 17. *de obl. & act.* rei debitæ ante moram a debitore factam contingens interitus, *l. si ex legati* 23. *de verb. obl.* & si quæ sunt generis ejusdem. Per exceptionem liberamur testamento, pacto, sententia, jurejurando, tempore, &c. De liberatione per exceptionem dicetur *infr. lib.* 4. *tit. de except.* Hic tantum traduntur modi, quibus obligatio perimitur ipso jure, atque ex his dumtaxat hi quatuor maximè celebres, solutio, acceptilatio, novatio, mutuus consensus. Plerosque alios data occasione alibi interpretati sumus.

TEXTUS.

De solutione.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur; vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit; non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

NOTÆ.

Quibus modis tollitur) Ipso scilicet jure, de liberatione per exceptionem dicetur *lib.* 4. *tit. de except.*

Aliud pro alio) *L.* 17. *C. de solut.* Invito autem creditori aliud pro alio solvi non potest, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.* Qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio solvere, arg. *l.* 1. *de contr. empt. l.* 65. §. 1. *de verb. obl.* Sen. 6. *de ben.* 5. *Pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.*

Vel invito eo) *L.* 23. *l.* 40. *l.* 53. *de solut.* quoniam & naturali & civili ratione licet conditionem alterius, quamvis ignorantis & inviti, facere meliorem, *l.* 39. *de neg. gest.*

COMMENTARIUS.

1 *Solutionis verbum quàm latè pateat, & quid in specie denotet?*
2 *Aliud pro alio invito creditore solvi non posse: consentiente autem posse. n.* 8.
3 *Quibus casibus æstimatio aut aliud pro re debita rectè præstetur?*
4 *Ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur.*
5 *Confirmatur hæc sententia adversus opinionem Alciati, etiam partis solutionem invito creditore admittentis.*
6 *Respondetur ad argumenta, quibus movetur Alciatus.*
7 *Interdum nec parte à volente creditore accepta pro ea parte liberationem contingere, & quando?*
9 *Licere unicuique pro debitore solvere, etiam ignorante & invito, ut ipso jure liberetur; cum remotione contrariorum.*
10 *Quid si creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere? Et quid si alius pro emphyteuta velit canonem solvere, quo is pœnam commissi evitet?*
11 *Fidejussore simpliciter solvente utrum reus ipso jure liberetur, an per exceptionem?*

TOllitur omnis obligatio solutione) Primus modus, quo ipso jure obligatio tollitur, ex quatuor hic propositis, est solutio. Solutionis verbum generale est & speciale. 1 Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocumque modo factam pertinet, referturque tunc non tam ad rei, quæ in obligationem deducta est, præstationem, quàm

ad ipsius obligationis, quæ quavis liberatione tollitur, substantiam, *l. solutionis 54. de solut.* junct. *l. liberationis 47. l. solutionis 176. de verb. sign.* Specialiter autem accepta vox solutionis unum tantùm tollendæ obligationis modum denotat, naturalem scilicet, sive realem, ut nunc loquuntur, præstationem ejus quod debetur. Itaque contra in hac significatione solutio ad rem debitam refertur, quæ cùm præstatur, solvitur, id est, liberatur eo nexu, quo cum ipso debitore quodammodo tenebatur. Atque hoc modo accepta sejungitur solutio à satisfactione, & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præstationem liberatio contingit, *l. solutum 49. l. satisfactio 52. l. prout 80. &c. de solut. l. 9. §. 3. de pign. act. L. 4. §. 3. de re judic.* & in hac speciali significatione etiam accipitur hoc loco. Ait, *omnis obligatio*, id est, cujuscumque ea sit generis, aut quomodocumque contracta: quod non item in alias omnes species liberationis cadit.

2 *Ejus quod debetur*) Rectè *ejus, quod debetur*: nam aliud pro eo, quod debetur, invito creditore solvi non potest, ut sequatur liberatio, *l. 2. §. 1. de reb. cred. l. eum 16. C. de solut.* veluti si pro pecunia debita certa species obtrudatur creditori, vel pro specie debita offeratur alia species aut speciei debitæ æstimatio: vel si factum pro facto solvatur, *l. qui res 98. §. mihi 6. de solut.* Nummi quidem in alia forma reddi possunt, nisi hoc damnosum sit creditori, *l. creditorem 99. eod.* sed hoc casu non intelligitur aliud pro alio solvi, vid. *sup. not. ad pr. quib. mod. re contr. obl.* Sunt sanè nonnulli casus, quibus placet, debito-

3 rem posse æstimationem pro re debita præstare. Sed hi singulares sunt: quippe in quibus necessitas hoc exprimit: veluti si res debita post moram periit, *l. 8. de cond. furt.* aut extat quidem, sed aliena est, & eam dominus non vendit, *l. si domus 71. §. 3. de legat. 1.* similemque rationem habet species *l. non amplius 26. §. 2. eod. tit.* idem aliquando suadet & favor, ut in casu *d. l. si domus 71. §. 3. in fin.* At verò extra hujusmodi casus & causas aliud pro re debita dissentiente creditore non rectè solvitur, nisi forte debitor eam facultatem aliunde acceperit. Veluti in causa noxali: ex qua cùm solam damni æstimationem dominus debeat, per legem tamen noxæ deditione liberatur, *l. 6. §. 1. de re judic.* item in obligationibus faciendi: ubi si factum non est, quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, sed tamen debitor ante litem contestatam faciendo liberatur; quoniam hanc potestatem ab initio ex conventione accepit, *l. stipulationes 72.* junct. *l. si insulam 94. de verb. oblig.* Ad hæc sciendum est, ad justam solu-

4 tionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur, utique si creditor desideret: natura enim obligationis postulat, ut eodem modo, quo quæque contracta est, dissolvatur, *l. prout 80. de solut. l. nihil 35. de reg. jur.* ac proinde non dissolvitur, nisi res inde debita ita præstetur, ut ab initio deberi cœpit: cœpit autem semel deberi tota, quæ obligationis conditio invito creditore mutari non potest. Sed quoniam hanc sententiam in dubium vocat & impugnat vir summi judicii & auctoritatis And. Alciatus in *l. quidam 21. de reb. cred.* contendens, creditorem etiam partem debiti, quæ offeratur, cogendum accipere, alioqui moram eum facere, & periculo rei oblatæ illigari; age paullo diligentius eam & explicemus & adstruamus. Ajo

5 igitur, contra quam existimat Alciatus, debitorem non posse partem rei debitæ solvere invito creditore. Quod hanc habet sententiam, debitorem non posse partem debiti ita offerre, ut creditore recusante accipere, possit eam partem offerre & obsignare hoc effectu, ut vel oblatione mora ejus, si qua intercessit, purgetur, vel obsignatione pro parte, quam obtulit liberetur: & quod idem fere valet, ajo, si debitor ejus, quod totum ex aliqua causa debet, partem creditori offerat licere creditori eam partem non accipere impune, nullumque esse hujus oblationis effectum. Confirmat hanc sententiam præter id, quod modo attuli, de natura obligationis & jure creditori inde quæsito, quod respondetur *l. 3. fam. erc.* & quotidiana experientia docet, partium solutionem multa incommoda habere, & ideo damnosam esse creditori. Jam verò constat, non posse cogi creditorem accipere, quod aliter offertur, quam obligatio contracta est, si ex ea re damnum aliquod metuat, *l. creditorem 99. de solut.* Consentit auctoritas Modestini *l. tutor 41. §. 1. de usur.* ubi disertè Jurisconsultus respondet, debitore solam partem debiti obsignante, non retardari totius debiti usurarum præstationem, nisi expressè cautum sit, ut liceat & partem ejus, quod acceptum est, solvere, ut in specie *l. lecta 40. de reb. cred.* Consentit & illud, quod Impp. rescribunt, *l. 9. C. de solut.* obsignatione totius debiti solemniter facta liberationem contingere. Postremo, ita jus esse commune, vel ex eo intelligitur, quod jure singulari favore libertatis receptum est, ut hæres cogatur per partes accipere pecuniam, quam servus pro libertate dare jussus est, *l. 4. §. 6.*

§. 6. *de statutib.* & quod in causis publicarum pensionum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur, propria quoque consideratione particularis solutio admissa, cum tribus quotannis vicibus totæ exsolvantur, *l. penult. C. de collat. fund. patrim. lib.* 11. Non adversatur huic sententiæ, quod ratio compensationis pro parte obligationem tollit, *l.* 5. *C. de compens. l.* 7. *C. de solut.* Nam compensatio auctoritate legum vim justæ solutionis habet, id est, ejus, quæ facta est, volente creditore, atque ipso jure pro soluto est, quoad concurrentes quantitates, ex eo tempore, ex quo utrinque pecunia deberi cœpit, *l.* 4. *C. de compens. l.* 4. *l.* 11. *& seqq. π. eod.* Neque textus in *l. ult. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* ibi enim agitur de debitore ex diversis causis obligato, atque ex una earum solidum, quod debet, offerente: nos verò quærimus de uno debito & ex una causa. In contrarium quoque movet Alciatum, quod scriptum est in fine §. 1. *h. t.* id quod debetur, pro parte rectè solvi: sed bene vulgo hoc sic accipitur, si creditor ad partis solutionem admittat: ut & illud, quod traditur *l.* 1. §. 1. *de verb. oblig.* quasdam obligationes partium præstationem recipere, nimirum natura sua, ut pars rei in obligationem deductæ præstari & à creditore accipi possit; ad differentiam earum, quæ natura divisionem non admittunt, ad quas hæc disputatio pertinere non potest. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione: ipse textus in *l. quidem* 21. *de reb. cred.* quo præcipuè movetur, nostram potius sententiam juvat; nam cùm Jurisconsultus certum tantùm casum proponat, quo creditor partem ejus, quod petit, accipere cogitur, nempe cùm debitor de reliquo, quod an debeatur, non apparet, paratus sit judicio contendere, hoc ipso satis significat, regulam esse in contrarium. Eademque sententia est *l.* 8. *si pars her. pet.* Illud in

7 confesso, nec parte à volente creditore accepta semper pro ea parte debitorem liberari; sed conditionem obligationis hìc inspiciendam esse. Si obligatio non solùm natura rei dividua est, sed etiam conditione sua, veluti si res una aut conjunctim plures, quæ divisionem admittunt, promissæ sunt, liberatio pro parte contingit: sin minus, non nisi toto soluto, *l.* 9. §. 1. *l. si is cui* 94. *princ. de solut. l.* 2. §. 1. *de verb. oblig.* Conditione sua divisione non recipiunt, quamvis alioqui res natura sua dividuas contineant hæ tres: obligatio generis, alternativa, pœnalis: in quibus omnibus placet, debitorem partem rei solvendo pro ea parte non liberari, obstante nimirum conditione obligationis. In stipulatione pœnæ hoc apertè efficit ipsa conditio, neque aliud sine manifesta injuria stipulatoris constitui potest, *l.* 5. §. *ult. de verb. obl.* add. *l. in executione* 85. *eod.* Ex duabus autem prioribus liberum quidem est debitori unam aliquam rem ex promissis solvere: non autem duarum rerum partes, quod alias evenire posset, *d. l.* 2. §. 1. *d. tit. d. l.* 9. §. 1. *de solut.* In acceptilatione hoc non metuitur, & ideo etiam in hoc genere pro parte accepto lata liberatio contingit, *l. qui hominem* 17. *de accept. d. l.* 2. §. 3. *de verb. obl.* An quod in idem debetur, etiam ante diem rectè solvatur, dixi sub §. 2. *sup. de verb. obl.*

8 *Consentiente creditore*) Creditore consentiente etiam res alia pro alia rectè solvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quàm si eadem res soluta esset, *l. manifesti* 17. *C. de solut.* nempe creditori contento rem aliam pro debita accepisse satisfactum est. Satisfactio autem certo jure pro solutione cedit, *l. satisfactio* 52. *de solut.* Enim verò ita demum hic nascitur liberatio, si res soluta in solidum accipientis fiat, ut avocari non possit: alioqui & manet pristina obligatio & manet pro solido, etiamsi pars tantùm evicta fuerit, *l. si quis aliam* 46. *eod. tit.* quod idem juris est in solutione ipsius rei debitæ, quæ propria fuit debitoris, *l. si rem meam* 20. *l. cum quis* 38. §. 3. *l. qui decem* 72. §. *pen. eod.*

Nec interest quis solvat, &c.) Non tantùm debitor ipse rectè solvit; sed etiam alius pro eo, ut ista solutione non minus liberetur, quam si ipse solvisset, *l. manifesti* 17. *C. de solut.* Quinimmo placet licere cuique pro debitore solvere etiam ignorante eo & invito, *l.* 9 *solutione* 23. *l. si pro* 40. *l. solvere* 53. *eod.* idque naturalis simul & civilis ratio suasit, per quam licet conditionem alterius, quamvis inviti aut ignorantis, facere meliorem, *l. solvendo* 39. *de neg. gest. d. l. solvere* 53. *de solut.* Neque obstat, quod traditur *in l. invito* 69. *de reg. jur.* invito beneficium non dari. Nam hoc vel ad beneficia, quæ à legibus conceduntur, referendum est, quibus uti nemo cogitur, *l. pen. C. de pact.* Vel eo sensu hoc dictum accipiemus, quo illud Lesbonici apud Plautum in *Trinum. act.* 3. *scen.* 2.

Nullum beneficium
Esse duco, quod qui facias, non placet.

Item illud Senecæ 2. *de benef.* 19. *Non est beneficium accipere cogi: Non est beneficium debere, cui nolis.* Et Theodorici Regis apud Cassiod. *l.* 5. *epist.* 39. *Non est defensio, quæ præstatur invitis. Suspectum est, quod patiuntur nolentes* &c. & alibi: *Non est beneficium, quod præstatur invitis; nec quicquam videtur utile, quod adversa* vo-

voluntate conceditur. Similiter nec pro beneficio reputandum erit, invitum & repugnantem liberari. Planè si consideremus animum benefacere volentis, & commodum, quod revera ad alium inde pervenit, non male beneficium etiam illud appellabimus, quod præstatur nolenti & invito. Sic Seneca *5. de benef. 20. Non est*, inquit, *dubium*, *quin beneficium sit*, *etiam invito prodesse.* Idem *lib.6. c. 23. & 24.* docet, beneficiorum maxima esse, quæ à parentibus accipimus; dum aut nescimus, aut nolumus.

Liberatur enim & alio solvente) Et liberatur non ope exceptionis, sed ipso jure, perinde ac si ipse solvisset, ut ex hoc loco & præcitat. ll. intelligitur: efficitque hoc ipsum etiam manifesta ratio juris; nam cùm creditor accipit, quod est in obligatione, necesse est, eam extingui, ipsoque jure liberari debitorem. Nec adversatur *l.6. in fin. de dol. mal.exc.* alius enim casus ibi proponitur, atque ab eo, de quo hìc quæritur, longè diversus scilicet cùm quis alii solvit, quàm cui debebat. Igitur ad effectum liberationis, quæ debitori contingit à veteri obligatione, nihil interest, ipse solvat, an alius pro eo: nihil item, utrum alius solvat pro debitore sciente & volente, an pro ignorante, adeoque pro invito & vetante. Ad jus verò repetendi quod attinet, hoc interest, quod ejus, quod pro invito solvi, recuperandi causa nullam actionem habeam: quod solvi pro solvente, repetere possim actione mandati: quod pro ignorante, actione negotiorum gestorum, *l. 6. §. 2. l. ex mandato 20. §. 1. l. si pro 40. mand. l. ultim. C. de neg. gest.*

10 *Ignorante debitore vel invito.*) Sed quid si creditor hoc casu solutionem ab extraneo oblatam recuset accipere, nonne audiendus erit? Minimè, quia nihil ejus interest, quis solvat: & quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditore invito. Non cogitur quidem præcisè creditor accipere; nam nec ipso quidem debitore offerente cogeretur: sed quod debitor hìc facere potest, idem potest & extraneus, pecuniam scilicet oblatam obsignare & deponere, quæ obsignatio pro solutione cedit, *l. 9. C. de solut.* Planè si creditoris intersit solutionem ab alio oblatam non recipere, puto recusante audiendum esse: & ideo, quod quidam existimaverunt, etiam emphyteutæ ad evitandam pœnam commissi prodesse solutionem ab alio etiam proprio nomine, quamvis nullo jure obstricto, factam, si forte solvens jus pignoris in re emphyteutica sibi constitutum conservare velit, (quippe quod resoluto jure emphyteutæ & ipsum evanescere, *l. lex vectigali. 31. de pignor.*) *argum. leg. 12. §. 2. vers. non solum*, *de usufr. & d. l. 31. de pignor.* simpliciter probandum non est; sed tunc demum, ubi dominus ultro eam solutionem admisit, nam si recuset accipere, non dubito, quin id jure faciat: quoniam per solutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoscitur dominus, ut oportet, ab ipso emphyteuta, neque potest quisquam conditionem alterius deteriorem facere, *l. solvendo. 39. de neg. gest.* Ita sentio cum D.Tuld. *comm. hìc c. 1.* Planè, si res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem solvit tamquam emphyteuta magis est, ut solutio verò emphyteutæ prosit. Adi Jas. *in l. 2. C. de jur. emph. col. 20. q. 25.* Tiraq. *de retract. gentil. §. 36. gloss. 2. num. 19.* add. D. Bachov. *lib. 5. de pign. c. 13. n. 3. & in Treutl. vol. 2. disp. 29. thes. 3.*

Qui pro eo intervenerunt) Ut puta fidejussores & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, *l. in omnibus. 43. de solut.* Ratio perspicua est, quia sublata re principali, etiam ea, quæ accessionis locum obtinent, intercidere necesse est.

11 *Sed etiam reus*) Et igitur eodem quoque modo reus liberatur solvente fidejussore, quo fidejussor solvente reo, hoc est ipso itidem jure. De quo genere liberationis hìc agitur. Interpretes vulgo id quidem admittunt, cùm fidejussor expressè se solvere dicit nomine rei: cæterum si solvat simpliciter, quasi suo tum nomine solvere intelligatur, contendunt, reum ipso jure obligatum manere, & defendi dumtaxat per exceptionem doli mali, ne bis idem creditor consequatur, *arg. l. Papinianus. 28. mandat.* Ego verò cum Giphanio & Bachovio fidejussoris & mandatoris diversam in proposito causam arbitror. Nempe fidejussor ipsam obligationem rei principalis in se suscipit, dum quod alius debet, fide sua esse jubet: ac proinde si solvat fidejussor, ea solutio non potest non intelligi facta ejusdem obligationis nomine, quam idcirco tolli necesse est, & rerum quoque principalem ipso jure liberari, secundum hunc textum. Ant. Fab. *C. suo,defin. 17. de fidejuss.* Mandati verò alia ratio est: hoc enim nihil commune habet cum contractu creditoris, qui, verbi causa, meo mandatu pecuniam credidi Titio. Itaque nisi ego expressè nomine Titii solvero, ratio suadet, ut Titius non liberetur ipso jure: quoniam meo nomine ex causa mandati solvisse intelligor; & ideo creditor adhuc actiones suas adversus debitorem mihi præstare & potest & debet, *d. l. 28. mandat. l. Stichum. 95. §. propen. de solut.* quod secus est,

est, si solutio facta sit à fidejussore, & in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum, *l. fidejussoribus.* 17. *l. cum is.* 36. *l. ut fidejussor.* 39. *de fidejuss. l. Modestinus.* 76. *de solut. cum similibus.* Vid. *sup.* §. *si plures.* 4. *de fidejuss.*

TEXTUS.
De acceptilatione.

1. *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere*: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? *& Titius respondeat,* Habeo. *Sed & Græce potest acceptilatio fieri; dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet*: Ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; Ἔχω λαβών. *Quo genere (ut diximus) tantum eæ solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur & potest in stipulationem deduci, & per acceptationem dissolvi. Sicut etiam quod debetur pro parte rectè solvitur, ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.*

NOTÆ.

1. *Per acceptilationem*) Quæ est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore, an id, quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, se acceptum ferre. Definitio Modest. *l.* 1. *de accept.* obscurior est.

Consentaneum visum est) *L.* 80. *de solut. l.* 35. *de reg. jur.* Planè si quod ex alia obligatione debetur, acceptilatum fuerit, proderit id debitori ad exceptionem, *l.* 19. *de accept.* Nam inutilis acceptilatio saltem vim pacti habet. *d. l.* 8. *pr.*

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur Modestinian. acceptilationis definitio.*
2 *Traditur alia plenior & planior.*
3 *Acceptilationem non videri rectè dici speciem stipulationis.*
4 *Solutionis & acceptilationis communia & propria, & num.* 7.
5 *In forma acceptilationis quæ consideranda?*
6 *Materia seu objectum.*

Etiam acceptilatione ipso jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitore Modestino est liberatio per mutuam interrogationem, qua utrisque contingit ab eodem nexu absolutio, *l.* 1. *de accep.* Sed hæc Jurisconsulti definitio dura plerisque & absurda videtur; neque sanè immeritò. Nam primum in acceptilatione uterque alterum mutuo non interrogat, sed debitor dumtaxat interrogat creditorem: deinde nec uterque per acceptilationem liberatur, sed solus debitor, qui & solus obligatus est. Sunt, qui hanc definitionem Modestini, propter illa verba, *per mutuam interrogationem*, accipiendam existimant non de quavis acceptilatione, sed de ea tantùm, quam præcedit novatio & stipulatio Aquiliana: quoniam hæc species sola mutua interrogatione constet, in stipulatione Aquiliana debitor interrogetur, in subsequente acceptilatione vices commutentur, & interrogetur creditor: nec obstare, quod distinctæ sunt species, stipulatio Aquiliana, & acceptilatio quæ illam perimit: ut enim verbo stipulationis Aquilianæ & acceptilatio, quæ eam sequitur, significatur, *l.* 5. *l.* 15. *de transact. l.* 3. *C. eod.* ita acceptilationis verbo plerumque & eam, quæ præcessit, stipulationem adsignificari. Cujac. 5. *obs.* 36. Hotom. 3. *obs.* 18. Cæterum probabilius meo quidem judicio dicemus, Jurisconsultum abusivè mutuam interrogationem appellasse, quæ in se quidem una est, sed mutuam habet & subsequentem responsionem, tanquam partem præcedentis interrogationis; ut definitio generaliter concepta, & in exorsu tractationis; de acceptilatione proposita, ad utramque speciem referatur & tam simplicem, quam eam, quæ fit præposita stipulatione Aquiliana, complectatur. Quod autem Modestinus ait, per acceptilationem contingere utriusque ab eodem nexu absolutionem, id non passivè in persona utriusque accipi debet, sed passivè in persona debitoris, activè in persona creditoris; ut hæc sit sententia, acceptilatio est liberatio, qua debitor absolvitur, & creditor absolvit, ab eodem nexu, quo debitor nectitur, & creditor nectit. Plena & magis perspicua definitio hæc est: Acceptilatio est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore an id, quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, sese acceptum ferre liberandi ejus causa. Est verborum conceptio, quoniam verbis transigitur; id est, interrogatione & responsione, certis verbis conceptis, quæ liberationi conveniant, *l.* 1. *Cod. de accept.* qualia veteribus promiscuè usurpata sunt hæc, *acceptum ferre, acceptum facere, acceptum habere*, *l.* 6. *l.* 7. *l.* 13. §. 1. *& deinceps*, §§. *& ll. seqq. eod.* Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo consensu; fieri autem ac liberare sine solutione. In quo differt ab apocha, quæ debitorem non liberat, nisi pecunia verè soluta sit, *l. si accepto.* 19. §. 1. *eod.* Reliqua definitionis materiam & finem indicant, removentque hinc stipulationem, quæ quidem & ipsa verborum conceptio est, sed ad obligandum,

dum, non ad liberandum, comparata. Scio nonnullos acceptilationem speciem facere stipulationis: quibus stipulatio duplex est, una obligatoria, altera liberatoria. (D. Tuld. dissolutoriam vocat) arg. *l. si unus.* 27. §. 2. *de pact.* Sed neque veterum usui, neque fini stipulationis, neque notationi verbi convenit, distractum nomine stipulationis appellare: & verba hæc Jurisconsulti in *d. l.* 27. §. 2. *Sicut tollitur stipulatio per stipulationem*, non sunt accipienda de acceptilatione, sed de stipulatione novandi causa interposita. Addit enim, *Si hoc actum est.* Quæ verba auctores nostri usurpare solent, cùm de novatione, non cum de acceptilatione tractant, *l.* 2. *l.* 6. *& pass. de novat.* ita & D. Cujac. in *d. l.* 27. §. 2. *de pact.* VINN. Sed ego nihil caussæ video, cur acceptilatio stipulatio dici nequeat, sive finem, sive originem, sive formam spectes, rectè hoc nomen feret. Finis est, ut caveamus nobis, vel ut securiores simus de promissione alterius; *l.* 1. §. 4. *ff. de stip. prat.* Hic verò alter nobis promittit liberationem, & ut de ea securiores simus solemni interrogatione utimur. Origo vocis stipulatio à *stipulo*, id est, firmo, non abludit à fine acceptilationis: nec forma hic alia quàm in stipulatione, nempe interrogatio, quæ ita essentiam stipulationis absolvit, ut veteribus stipulatio interrogationis nomine veniat. Sanè in Glossariis vetustis ideo vocatur *ἐπερώτησις* vel *ὁμολογία ἡ ἀπὸ ἐρωτήσεως*. Adde Sen. *de Benef. lib. III. c.* 15. Admodum dilutum est, quod stipulatio ad obligandum non ad liberandum sit comparata. Quasi enim, qui liberationem promittit, non sese obliget ad non petendum. Et quomodo dici potest per acceptilationem eodem modo obligationem dissolvi, quo contrahebatur, si stipulatione non dissolvitur? HEIN.

4 *Imaginaria solutio*) Solutio naturaliter obligationem resolvit; acceptilatio civiliter, *l. pen. de solut.* nam in solutione debitor aliquid re ipsa & actu præstat, in acceptilatione nihil: sed tamen quasi præstiterit liberatur, & acceptilatio solutioni comparatur, *l.* 7. §. 1. *de lib. leg.* adeoque imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset: unde acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur, *l.* 5. *de accept.* & veluti solvisse videri, qui accepto latum est, *l.* 16. *eod.* Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad potestatem liberandi. Etenim in solutum accipiendo tam extraneus quivis, qui modo potestate creditoris in eo utatur, quàm ipse creditor debitorem liberat, *l.* 12. *l.* 14. §. 1. *de solut.* & contra debitor liberatur, non modo si ipse solvat, sed etiam si quivis alius pro eo, quamvis ignorante & invito, ut dictum *pr. hujus tit.* At verò acceptilatione nemo debitorem liberare potest, præterquam ipse creditor, nemo liberari, nisi ipse debitor per se: adeo ut nec pupillus per tutorem, nec dominus per procuratorem, licet interposito speciali mandato, liberentur, aut liberent, *l.* 13. §. *tutor.* 10. *l. pen. de accept.* quoniam scilicet actus legitimi solemnitas per alium peragi non potest, *l. nemo.* 123. junct. *l. actus.* 77. *de reg. jur.* Etenim quo recta nequit, eo obliqua via pervenitur, adhibito remedio novationis. Videlicet ut tutor pupilli, aut procurator speciale mandatum habens, domini obligationem novatione in se transferant, translatamque deinde suo nomine acceptam ferant aut rogent, *d. l.* 13. §. *tutor.* 10. & cave aliud colligas ex *l.* 3. *eod.* Cujac. 15. *obs.* 16.

5 *Græcè potest fieri*) Forma acceptilationis est illa, quam supra exposui, verborum conceptio ad liberandum comparata. Itaque & verba intervenire necesse est, & talia, quæ liberationi conveniant. Et olim quidem hic actus, utpote civilis & legitimus, civilibus dumtaxat & legitimis verbis, ac proinde non nisi Latinis explicari potuit, sed postquam utilitatis causa receptum fuit, ut acceptilatio etiam cum peregrinis & juris civilis incapacibus rectè interponeretur, illud quoque admittendum fuit, ut interponi posset etiam peregrina lingua. Quod significat Ulpianus *l.* 8. §. *ult. de accept.* ubi ait, *hoc jure nos uti, ut juris gentium sit acceptilatio*, id est, ut etiam ii, qui cives non sunt, accepto rogent & ferant. Unde mox, *& ideo puto*, inquit, *& Græcè posse acceptum fieri*, ducens hoc consequens ab illo antecedente. Atque hoc in acceptilatione haud dubiè exemplo stipulationis inductum, quæ & ipsa antea Latinis tantùm verbis concipiebatur: sed usu ejus peregrinis communicato, obtinuit, ut etiam lingua peregrina, id est, quavis alia, quàm Latina, fieri posset, dummodo sensus congrueret, & uterque vel per se vel per verum interpretem linguam intelligeret, *l.* 1. §. *ult. de verb. obl.* §. 1. *sup. eod.* In forma acceptilationis illud observandum, nec concipiatur in diem aut sub conditione, alioqui nullius momenti erit. Quippe quæ exemplo solutionis liberare solet, *l.* 4. *& l.* 5. *de accept.* & actus est legitimus, cujus generis actus per temporis vel conditionis adjectionem vitiantur, *l. actus.* 77. *de reg. jur.* Planè quod in diem aut sub conditione debetur, purè acceptum ferri potest, quamvis eadem illa huic acceptilationi tacitè insint, ac proinde non prius valeat, quàm si conditio ex-

extiterit, aut dies venerit. Sed novum non est, ut ea non expressa non noceant, quæ aperte comprehensa vitium afferunt, *l.* 12. *de accept. d. l. actus.* 77. *de reg. jur. l. expressa.* 195. *eod.* Eleganter hæc explicat D. Brissonius *lib.* 2. *de solut. tit. de acceptil.*

6 *Quæ verbis consistunt. non etiam cætera*) Materia sive res, quæ in acceptilationem deduci potest, & debitum verbis antea contractum. Primum ut valeat acceptilatio, debitum esse oportet, quod acceptum rogatur & fertur: si aliud, quàm quod debetur & revera est in obligationem, acceptum rogatum aut latum fuerit, acceptilatio inutilis est, nec inde liberatio nascitur, *l.* 6. *in fin. l.* 13. §. 2. §. *cum qui.* 5. *eod.* & hoc est, quod definitur in *l.* 14. *eod.* nisi consentiat acceptilatio cum obligatione, & nisi verum sit, quod in acceptilatione demonstratur, imperfectam esse liberationem; videlicet propter defectum materiæ, cui acceptilatio seu liberatio applicetur: de quo vid. Joan. Wames. *cent.* 1. *consf.* 73. *num.* 13. Præter debitum autem si quid amplius adjiciatur, non vitiatur quidem acceptilatio, sed adjectum nullius est momenti, *l.* 15. *eod.* Secundo id debitum solùm acceptilatione perimi potest, quod verbis contractum est, non alia obligatio: siquidem naturæ convenit, eodem genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est: & ideo cùm acceptilatio verbis conficiatur, consentaneum, solas verborum obligationes acceptilatione posse tolli, *l.* 8. §. 3. *eod. l. nihil.* 35. *de reg. jur. l. prout.* 80. *de solut.* Planè si quod ex alia obligatione debetur, accepto latum fuerit, etsi hoc debitori ipso jure ad liberationem non proficit, pacti tamen conventi vel doli mali exceptione se tueri poterit. *l. si acceptilatio.* 19. *de accep.* nam inutilem acceptilationem saltem vim pacti habere placuit, nisi quid aliud impediat, *l.* 8. *pr. eo.*

Quod ex alia causa debetur, potest in stipulationem deduci) Etsi debita, quæ non ex verborum obligatione veniunt, acceptilatione directo tolli nequeunt, obliquè tamen possunt, remedio novationis & stipulationis Aquilianæ, per quam in verborum obligationem prius convertantur, ut obligatio jam verbis constans, mox verbis itidem dissolvatur; de quo mox plura.

Pro parte rectè solvitur) Intellige, consentiente creditore: qua de re abundè dictum in exegesi *pr. hujus tit.*

7 *Pro parte debiti acceptilatio fieri*) Dum debitum sit, totum an pars accepto feratur, ad acceptilationem nihil interest, *l.* 9. *l.* 10. *l.* 13. §. 2. *de accept.* & pro parte accepto lata contingit liberatio, quamvis alias obligatio conditione sua divisionem non admittat, *l. qui hominem* 17. *eodem.* quod in solutione contra est, *l.* 2. §. 1. *de verb. obl. l.* 9. §. 1. *de solut.* discriminis rationem superius indicavi. Illud monere planè supervacuum est, si res in stipulationem deducta natura sua divisionem non recipiat, veluti servitus prædii, acceptilationem in partem nullius esse momenti, *d. l.* 13. §. 1. *de acceptil.*

TEXTUS.
De Aquiliana stipulatione acceptilatione.

2. *Est autem prodita stipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita composita est:* Quicquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebitve, præsens in diemve: aut sub conditione: quarumcumque rerum mihi tecum actio est, quæve adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve; quodve te meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Nigidius: Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id haberetne à se acceptum Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

COMMENTARIUS.

C. Aquilius Gallus homo Jurisconsultissimus, cujus in formulis concipiendis singularis quædam prudentia extitit, ut constat ex ea de dolo malo, quam Cicero *lib.* 3. *de Nat. cap.* 30. everriculum omnium malitiarum appellat, & ea de posthumo nepote, vivo adhuc filio, hærede instituendo, *l. Gallus.* 29. *de lib. & posth.* stipulationum formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ essent obligationes translatæ, acceptilatione deinde perimerentur: quæ stipulatio ab auctore suo Aquiliana dicta est.

Renovat omnes obligationes) Et sic via est ac ratio, per quam usus acceptilationis, per se alioqui angustus, & intra verborum obligationes consistens, dilatetur. Stipulationis Aquilianæ frequens olim usus fuit in transactionibus, *l.* 2. *l.* 4. *l.* 5. *l.* 15. *de transact. l.* 3. *l.* 4. *C. eod.* Apud nos autem supervacua est; quoniam moribus hodiernis, ut alibi diximus, stipulationum solemnitas exolevit, pactaque nuda eamdem vim habent, quam stipulatio.

Ita composita est) Exhibetur hic ex Florenti-

 no

no *l.* 18. §. 1. *hoc tit.* formula stipulationis novantis, uti ab ea Aquilio concepta est: sic autem est concepta, ut nobis præbeat certissimum anxiæ veterum in cautionibus componendis diligentiæ argumentum, in qua ne quid omissum videretur, multa ex abundanti sunt adjecta. Verba obiter excutiemus.

Quicquid te mihi ex quacumque causa) Causa negotium significat & obligationum, latiusque patet contractu: nam & ad eas obligationum species pertinet, quæ ex maleficio vel quasi ex maleficio proficiscuntur, *l.* 9. *de reb. cred.*

Dare facere) Sine conjunctione hæc proferri solent, ut pleraque alia, veluti *uti frui*, *ire agere*, *dare legare* &c. innuunt autem, omnem obligationem vel in dando vel in faciendo consistere.

Oportet, oportebitve, præsens, in diemve, aut sub conditione) Verbo *oportet* præsens tantùm debitum demonstratur, *l. stipulatus.* 76. §. 1. *de verb. obl.* verbo *oportebit* etiam quod in diem aut sub conditione debetur: utrumque enim comprehendit, *l.* 8. *de verb. sign.* Hoc autem verbum *oportet* non ad facultatem judicis, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur, *l.* 37. *de verb. sign.*

Tecum actio, petitio, persecutio) Actio in personam est, petitio in rem, persecutio ad extraordinarias magistratum cognitiones pertinet, *l. pecuniæ.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Sensus ergo est, quicquid actione in personam consequi, vel vindicare, vel magistratu cognoscente extra ordinem persequi potes.

Quodve tu meum habes) Hæc abundant: ex superioribus enim satis intelligi poterant, cùm suum cujusque sit, cujus vindicandi jus habet, *l. Quintus.* 27. §. 2. *de aur. arg. leg.*

Habes, tenes, possides,) Tenere ad factum refert, possidere etiam ad jus. Habere dicimur & jure dominii & jure possessionis & mera detentione, *l. habere.* 188. *de verb. sign.* *l. stipulatio.* 39. §. *hac quoque* 7. & 2. *seqq. de verb. obl.* quamquam hæc distinctio non est perpetua.

Dolove malo fecisti, &c.) Dolus enim pro possessione est, semperque possidere intelligitur, qui dolo fecit, quominus possideat, *l. parem.* 150. *l. ad ea.* 157. §. 1. *de reg. jur.* Cætera per se satis plana sunt. VINN. Adjiciemus tamen & de verbis sequentibus nonnulla. Verba, *quanti quæque earum rerum res erit*, ad reales actiones spectant, in quas non minus quàm in personales hanc stipulationem conceptam fuisse jam Vinnius observavit. Quum itaque quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequeat, adeoque rem nostram stipulari nobis non possimus; §. 2. *Inst. de inut. stipul. l.* 82. *ff. de V.O.* callidè Aquilius æstimationem pro re stipulari nos jussit. Vocabula denique Aulus Agerius & Numerius, (vel ut apud *Pariat. LL. Mos. & Rom. tit.* 2. §. 6. legitur Numidius) Nigidius in formulis usitatissima fuisse, illoque actorem, hoc reum significari consuevisse, jam ad locum illum Pariatoris notavit vir eximius Petr. Pithœus. HEIN.

TEXTUS.
De novatione.

3. *Præterea novatione tollitur obligatio; veluti si id, quod tibi Sejus debebat, à Titio stipulatus sis. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res ammittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si à servo quis fuerit stipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si in eadem persona fit, à qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi fit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrabatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit: alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cùm novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, & quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, quæ apertissimè definivit, tunc solùm novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio, secundùm nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.*

NOTÆ.

3. *Novatione tollitur obligatio*) Sed ita, ut in locum sublatæ nova substituatur, *l.* 1. *de novat.* Fit autem hæc conversio verbis seu stipulatione, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l.* 5. & *pass. eodem.*

Inutilis sit) Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subjectum declarat. Eadem ratione si expromissor non sit solvendo, prior tamen obligatio tollitur: etiam in casu delegationis: quia bonum nomen facit creditor admittens delegatum, *l.* 26. §. 2. *mand.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Innovatione quæ necessaria, & an aliter, quàm per stipulationem præcedens obligatio novetur?*
2 *Veræ novationis effectus.*
3 *Quot modis novatio fiat? ubi & de delegatione.*
4 *De novatione, quæ fit per litis contestationem: & quantum hæc differat à vera & voluntaria?*
5 *Quis effectus, si quis quod alius debet, à pupillo stipuletur sine tutoris auctoritate: & cur diversum si à servo?*
6 *Si ab eodem debitore quis stipuletur, quando novatio fieri intelligatur?*
7 *Quid novi juris à Justiniano constitutum circa novationem? ubi multa notabilia.*

NOvatione quoque ipso jure obligatio tollitur: sed ita, ut in locum sublatæ alia nova substituatur: est enim novatio, prioris debiti in aliam obligationem conversio, *l. 1. de novat.* Fit hæc conversio verbis seu stipulatione, *d. l. 1. §. 1. l. 2. l. 5. 6. 7. l. 11. & pass. eod. l. 1. l. 3. l. 7. l. ult. C. eod. l. 6. C. si cert. pet.* Ac proinde in novatione hæc sunt 1 necessaria; obligatio vetus, obligatio nova, & stipulatio, per quam illa in hanc transferatur. Vetus obligatio, qualiscumque est, aut quomodocumque contracta, verbis novari potest, *l. 1. l. 2. de novat.* nec metuendum hic est, ne obstet regula juris de dissolvendis obligationibus, *l. nihil 35. de reg. jur.* Nam in novatione solutio quædam est, & quasi naturalis præstatio, *l. 8. §. 3. ff. ad SC. Vell.* qualis est, cùm pro eo, quod debetur, præstatur aliud volenti creditori, *l. 17. C. de solut.* Nova quæ constituitur obligatio, utrum civiliter teneat, an naturaliter, ad novationem nihil interest, *d. l. 1. in fin. de novat.* de quo pluscula in explicatione textus. Stipulationem cùm exigimus, hoc significamus, sola stipulatione præcedentes obligationes novari; non etiam nudis pactis, ac ne contractu quidem alio, veluti mandato, ut ex memoratis textibus apparet, & bene post alios defendit Gœdd. *de contr. stip. c. 5. concl. 8. n. 90. & seqq.* adversus Bartolum in *d. l. 1.* in contrarium adducentem *l. si mandatu. 45. §. ult. mand.* Tantùm in contractibus, quæ solo consensu perficiuntur, hoc accidit: ut & nudus consensus contractum dissolvet, & alium ejusdem generis constituat, *l. 7. §. adeo. 6. de pact. l. pacta. 72. de contr. empt.* Hodie sanè etiam simplicibus pactis novationes fieri solent, adeoque frequentius quam per stipulationem, utpote cujus solemnitas penè exolevit, ut post DD. in *l. singularia. 15. de reb. cred.* tradunt Wesem. *hic.* Gudelin. *lib. 3. de jur. noviss. c. 12.* Præter hæc & animus novandi exigitur: nec enim aliter fit novatio, quàm si hoc agatur, ut prior obligatio novetur, *l. 2. in fin. l. 6. l. 8. §. 2. & ult. l. 38. de novat l. 3. C. eod.* de quo item fusius postea. Effectus novationis est, ut nova 2 obligatione constituta prior perimatur, *d. l. 1. eod.* quæ res facit, ut etiam incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, simul evanescant: qualia sunt hæc: mora facta, periculum interitus rei debitæ, pœna veteri obligatione promissa, usuræ ex eadem causa debitæ; privilegium, quod prioris actionis fuit, pignora denique & fidejussores, *l. 8. l. si creditor. 15. l. novatione 18. l. emptor 27. l. aliam 29. de novat. l. in omnibus 43. de solut.* Planè si pignora prioris obligationis in novatione repetita fuerint, placet, creditori manere ordinem & prærogativam temporis, ut in his præferatur posteriori creditori, id est, cui eadem pignora postea licet ante novationem obligata sunt, *l. 3. qui pot. in pign.* & ibi Bart. Mynf. *1. obs. 59.* Gail. *2. obs. 30. num. 10.* Potest autem novatio dupliciter fieri, vel 3 manentem eodem debitore, vel persona debitoris mutata: priore casu novi aliquid adjici debet, ut novatio facta intelligatur, *hoc text. vers. Sed si eadem persona.* Posteriore novatio fit, quoties liberato priore debitore, alius, qui expromissor appellari solet, ut notatum sub *titul. de fidejuss.* locum ejus subit; veluti si Titius novationis causa promittat Sempronio, quod ei Sejus debet: sive id sua sponte Titius faciat, & vel ignorante vel nolente debitore, *l. 8. in fin. de novat.* sive debitoris mandatu, quæ species novationis delegatio dicitur per metonymiam causæ, siquidem delegare hic est vice sua alium reum dare creditori, *l. 11. eod.* quæ delegatio inter delegantem quidem & delegatum nudo consensu fit, *l. delegare 17. eod.* sed non perficitur, id est, novatio debiti non fit, nisi stipulanti creditori is, qui delegatus est, promiserit, *l. 1. C. eod.* Gail. *2. obs. 30. num. 8.* Christin. *vol. 4. dec. 180. n. 4. & 5.* D. Tulden. *comm. hic, cap. 8.* Porro sciendum est, agi hoc loco de 4 novatione, cui hoc nomen per excellentiam & absolutè tribuitur. Est verò præter hanc, quæ stipulatione fit, & alia, quam inducit litis contestatio, *d. l. 11. §. 1. l. aliam 29. eod. l. 3. C. de usur. rei jud.* nam & judicio contrahitur, & velut nova inducitur obligatio judicati, *l. 3. §. idem scribit 11. de pecul.* Atque hæc quoque fit vel manente eodem reo, puta si ille ipse litem contestetur & suo nomine suscipiat, vel persona rei mutata, si alius pro reo judicium accipiat, sive mandatu illius, quæ species est delegationis, *d. l. 11. §. 1. de novat.* sive reo ignorante aut etiam nolente, *l. solutione 23. de solut.* Cæterum hæc species no-

vationis superiori longè dissimilis est, & secundum quid tantùm dicitur novatio fieri per litis contestationem, quatenus scilicet actio in judicium deducta novas quasdam assumit qualitates; veluti quod quæ tempore aut morte peritura fuisset, judicio inclusa salva manet, & ad hæredes transmittitur, *l. omnes 26. de obl. & act.* §. 1. *inf. de perp. & temp. act.* & quia reo condemnato nova accedit actio judicati, priore multo utilior, *l. post rem 56. de re jud. l. 4. C. de usur. rei jud.* At enim veró per litis contestationem vel sententiam vetus actio non consumitur: per *text. in l. fidejussores 41. §. 1. de fidejuss. l. qui servum 20. de interr. in jur. l. 2. C. de judic. arg. l. qui jurasse 26. §. ultim. l. 27. l. 29. §. 1. de jurejur.* junct. *l. eum qui 30. in pr. eod.* junct. *l. 2. eod. l. 8. C. de reb. cred. & d. l. post rem 56. de re jud.* Et hinc est, quod commoda quoque prioris actionis creditori salva manent, *l. 8. §. 3. de fidejuss. l. 13. §. 4. de pign. l. aliam 29. de novat. fac. l. non solet 86. & seq. de reg. jur.* Christin. *vol. 4. decis. 180. num. 2.* Interpretes vulgo has novationis species sic distinguunt, ut eam, quæ per stipulationem fit, voluntariam appellent, quæ judicio accepto, necessariam: cujus distinctionis fundamentum est in *d. l. aliam 29. de novat.*

Interventu novæ personæ) Non quæ alienæ obligationi accedat adpromittendo; sed quæ alienam obligationem in se transferat expromittendo. Per adstipulationem & adpromissionem fidejussor intervenit; novatio per ex stipulationem & expromissionem: unde per hanc prior obligatio extinguitur.

Licet posterior stipulatio inutilis) Non ratione formæ, sed effectu, ut exemplum subjectum declarat. Similiter etsi expromissor non sit solvendo, præcedens tamen obligatio tollitur, etiam in casu delegationis: quoniam, ut ait Paulus, bonum nomen promissoris fecisse videtur creditor, qui admisit debitorem delegatum, *l. inter 26. §. 2. mand.*

5 *A pupillo sine tutoris auctoritate*) Pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem non obligari jure civili, nisi in quantum factus est locupletior, constat, *l. 5. & 9. de auct. tut.* Attamen si ejus ætatis sit, ut intelligat quod agitur, naturaliter saltem obligatur, ut demonstravimus *sup. ad §. pupillus 9. de inut. stip.* & ideo quod huic consequens est, si pupillus sine tutoris auctoritate, quod alius debet, stipulanti creditori novandi animo promiserit, prior obligatio jure novationis tollitur translata in posteriorem naturalem: quippe sufficit ad novationem, quod posterior obligatio vel naturaliter teneat, *l. 1. in pr. & §. 1. de novat.* Neque est contrarium, quod Paulus scribit in *l. novare 20. §. 1. eod.* pupillum sine tutoris auctoritate non posse novare: neque enim hoc nos dicimus, posse pupillum, quod sibi ex aliqua causa debetur, in aliam obligationem absque tutoris auctoritate transferre, atque ita forte conditionem suam facere deteriorem, quod negat Paul. *d. loc.* sed hoc, pupillo sine tutoris auctoritate expromittente novari obligationem alienam eo effectu, ut prior debitor liberetur: quamvis sequens pupilli obligatio creditori inutilis sit, quia ad agendum inefficax: nimirum sibi imputare creditor debet, quod alienam obligationem in pupillum transtulerit, quem sciebat, aut scire debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari, quàm interposita tutoris auctoritate, per *l. qui cum alio 19. de reg. jur.*

Et posterior obligatio nulla est) Non simpliciter nulla: nam utique naturaliter tenet, *l. 1. in fin. de novat.* sed nulla dicitur, tum quia ad agendum inutilis, tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere possunt: qualia sunt, jus compensandi, soluti retinendi: quo etiam intuitu, quod pupillus sine auctoritate tutoris promisit, ne natura quidem deberi interdum dicitur, *l. quod pupillus 41. de cond. ind.* quamvis revera naturaliter debeatur, & incommoda ejus obligationis ad alios pertineant: qua de re uberius sub §. *pupillus 9. de inut. stip.* Quod si nulla hìc succederet obligatio, nulla etiam intelligeretur novatio fieri, sed prior obligatio maneret in suo statu, *d. l. 1. per tot.*

Non idem juris est, si à servo) Non quia servus ex contractu suo, si consensum spectemus, non obligetur naturaliter, *l. 13. de cond. ind. l. 14. de obl. & act.* sed quia jure civili non est idoneus expromissor, & omnino novationis, extra causam peculiarem, incapax, *l. 30. §. 1. de pact. l. ult. h. t.* Sunt enim quædam causæ, quas jus civile ita in servo improbat, ut si cum eo intervenerint, ne intervenisse quidem videantur: ac proinde nec dominum obligent de peculio, & de pecunia ex his causis soluta repeti possit: cujusmodi sunt, si servus pro libero se gerens judicio conventus & condemnatus sit; si in arbitrium compromiserit, *l. 3. §. si servus 8. de pecul,* si cùm convenitur, jusjurandum adversario detulerit; *l. 4. §. 2. d. tit.* si pro alio fidejusserit rem peculiarem non gerens; *l. 3. §. si filiusfam. 5. eod. tit. l. servus 19. & seq. de fidejuss.* & denique si expromisserit, aut alias obligationem non peculiarem novaverit, *l. in persona 30. §. 1. de pact. l. ult. de novat.* Quin etiam

etiam quibusdam visum est, nec peculiarem obligationem servum novare posse, extra quam si liberam habeat peculii administrationem, ac ne tunc quidem expromissorem accipiendo debitorem peculiarem liberare: quæ sententia probari videtur *l. ult. de novat.* junct. *l. servus 16. eod. l. fugitivus 19. de solut.* & facit *l. servus 20. cum l. seq. de jurejurand.*

Si eadem persona sit, à quo postea stipuleris, &c.) Sententia hujus loci hæc esse videtur, si idem debitor sit, à quo postea stipuleris, & præcedens obligatio verbis quoque contracta, non aliter novationem fieri, quàm si posteriore stipulatione aliquid novi comprehensum fuerit, conditio, aut dies, aut fidejussor adjectus, detractusve. Nam neque si alia persona intervenerit, hoc desideratur, neque si debitum prius ex alia causa descendat; quantumvis cum eodem debitore stipulatio postea fit, modo animus novandi adsit. Neque enim dubito, quin si decem à te stipulatus sim, quæ mihi verbi gratia ex causa mutui debebas, & tu promisseris, obligatio ex numeratione nata novetur, & transferatur in obligationem verborum; utique si de jure veteri quæratur, *arg. l. 6. & l. 7. de novat.*

6 *Si conditio aut dies*) Stipulatio etiam novationis causa non tantùm purè, verum etiam sub conditione aut in diem concipi potest. Potest & quod sub conditione aut in diem debetur, purè novandi causa promitti: quo effectu, docebunt textus in *l. 5. l. 8. §. 1. l. quoties 14. per tot. l. novatio 25. l. si rem 31. de novat. l. Julian. 60. §. 1. de cond. ind.* Latè & eleganter D. Brissonius *lib. 2. de solut. tit. de novat.*

Dubium erat, quando novandi animo) In omni quidem novatione etiam jure veteri animus novandi requirebatur, id est, nulla intelligebatur novatio fieri, nisi id actum esset, ut præcedens obligatio novaretur, *l. 2. in fin. l. 8. pr. §. 2. & ult. l. fundum 28. de novat. l. 3. C. eod.* Cæterum dubium erat, quando id actum

7 videretur, & novandi animo in secundam obligationem itum: quo in dubio veteres decurrebant ad conjecturas & præsumptiones: si nihil erat, ex quo animus novandi colligi posset, expressam requirebant conventionem, *l. si usumfructum 58. de verb. oblig.* vid. Ant. Fab. 3. *conject.* 3. Justinian. verò, ut materiam litium præcideret, in universum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quàm si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, se novandi animo & prioris obligationis tollendæ causa posteriorem interponere: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, *l. ult. C. de novat.* quæ est illa constitutio, cujus hic meminit. Nihilominus tamen plerique adhuc admittendum censent, ut ex conjecturis urgentibus & manifestis novatio inducatur, utique si non ipso jure, saltem per exceptionem: eaque sententia, licet verba constitutionis refragari videantur, multis in locis recepta est, ut rationi consentanea. Quid enim si posterior obligatio quædam repugnantia elidat priorem? & potius est, ut dicamus, Justinianum eas dumtaxat conjecturas tollere voluisse, quas in universum veteres constituerant: quod genus sæpe fallit, Vid. Gail. 2. *obs.* 30. *num.* 1. & *seqq.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 180. *num.* 9. & *seqq.* Tulden. *com. hic, cap.* 7. ubi etiam testatur, legem illam Justiniani in Gallia usu abrogatam esse. Bartolus quoque in *l. delegare 11. de novat.* existimat, eam non pertinere ad delegationem: quem sequuntur Zas. *in l. 15. num. 11. de reb. cred.* Gail. *d. loc. num.* 9. Wesemb. *parat. de novat. n.* 8. *Curia Holland. decis.* 38. Et sanè illa legis verba, *vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit*, commodè de persona fidejussoris explicari possunt, add. Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 29. thes.* 6.

Ut maneat ex utraque causa obligatio) Sicut jure veteri obligationes censebantur, *l. 2. in fin. de novat.* Cujus rei hic effectus est, quod creditor ex utraque obligatione agere possit; & quod in una deest, per aliam suppleatur: item quod etsi posteriori obligationi adjecti sint novi fidejussores, non ob id tamen liberentur, qui pro priore intervenerant. Gail. *d. loc. num.* 5. & 6. Planè si ex una obligatione solutum erit, altera quoque continuo tolletur, quia sunt obligationes unius rei, *l. 7. §. ult. de novat.*

TEXTUS.
De contrario consensu.

4. *Hoc amplius eæ obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis; dein de re nondum sequuta (id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.*

NOTÆ.

4. *Re nondum secuta*) Id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent: neque enim ut retro tradatur, quod jam datum est, nudo pacto obligatio constitui potest, *dict. l. 58. in fin. de pact.* Vide *infr. commentar.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Omnem naturalem obligationem ipso jure tolli nudo consensu.*

2 *Eodem modo re integra tolli & civiles nudi consensus, & honorariam pignoris.*

1 Quædam obligationes ipso jure dissolvuntur solo & nudo partium consensu. Quo in genere est omnis obligatio naturalis, tum civiles eæ, quæ solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est, eam justo pacto ipso jure tolli, *l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *de solut.* quod nihil aliud est, quàm tolli nudo consensu. Justum enim pactum, sicuti justam conventionem dicimus, quod æquum est, atque honestum, nec improbatum legibus, nudum tamen, *l. tale pactum* 40. §. 1. *l. epistola* 52. §. 2. *de pact.* Et hoc consentaneum est regulæ juris traditæ, *l. nihil tam naturale* 35. *de reg. jur.* Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis causis quàm consensu nascatur, solo tamen æquitatis vinculo sustinetur, quod contrariæ conventionis æquitate dissolvitur, *d. l. Stichum* 95. §. 4. *de solut.* Non adversatur *l. si unus* 27. §. 2. *de pact.* quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo excepto quæsita erat, per posterius elidendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur. Vide *inf. sub tit. de replicat. in pr.* VINN. Atqui & fidejussoris obligatio mutuo principalium contrahentium consensu solvitur, quum tamen fidejussor non consensu sed verbis obligetur, *l.* 3. *ff. de resc. vend. l.* 95. §. *ult. ff. de solut.* Sed in promptu est responsio. Fidejussoris obligatio non tollitur mutuo consensu, sed obligatio principalis, cui fidejussor accessit. Sublata autem obligatione principali, accessoria ipso jure exspirat, *l.* 129. §. 1. *l.* 178. *ff. de R. J.* HEIN. De civilibus nudi consensus obligationibus constans definitio est, eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita & contrario eodem nudo consensu dissolvi, *l.* 3. *l.* 5. §. 1. *de resc. vend.* dummodo rebus integris à contractu habeatur, *l.* 7. §. *adeo* 6. *l. ab emptione* 58. *de pact. l.* 1. *l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disced.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt, *l. prout* 80. *de solut. d. l.* 35. *de reg. jur.* Nam etsi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id est, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse, tamen quia obligatio ista nudo & mero consensu constat, totaque est ex jure gentium, utpote à jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinsecum quid est & accidentarium: ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit in quo actio fundetur: eadem videlicet ratione, qua nulla subesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit. Et secundum hæc rectè defenditur etiam, obligationem pignoris, quæ jure prætorio constituitur nuda conventione, *l.* 1. *de pign. act.* contraria eaque nuda conventione ipso jure dissolvi, licet obstare videatur, *l. si tibi* 17. §. 2. *de pact.* sed ea loquitur de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directo tendit ad dissolutionem pignoris. Vid. Neguz. *tract. de pign. part.* 6. *memb.* 3. *num.* 3. Bachov. *lib.* 5. *de pign. cap.* 6. & *in comm. ad tit. de pact. c. de pact. resolut.* De furto & injuriis lex 12. tabularum pacisci permisit: quæ causa est, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur, *d. l. si tibi* 17. §. 1. *de pact.* junct. *l.* 6. *l.* 7. §. *si pacisca.* 14. *in fin. eod.*

Contraria voluntate) Id est, contraria conventione, seu utriusque partis consensu, *l.* 1. *C. quand. lic. ab empt. disced.* unius enim voluntas ad dissolvendam obligationem non valet, *l.* 5. *C. de obligat.* & *act. l.* 3. *C. de resc. vend.* utique jure communi: nam quod mandatum & societas etiam unius voluntate dissolvantur, id proprio quodam jure in his contractibus receptum est, ut suis locis demonstravimus.

Re nondum sequuta) L. 7. §. *adeo* 6. *de pact. l.* 3. *l.* 5. §. 1. *de resc. vend.* quod alibi dicitur, re adhuc integra, *l. ab emptione* 58. *de pact. l.* 1. & *l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.* id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent; veluti in exemplo proposito, si neque res à venditore tradita, neque pretium ab emptore solutum sit. Nam si quid horum intervenerit, consensu amplius negotium resolvi nequit, nisi simul restituantur, quæ prius tradita erant: neque enim ut retro tradantur nudo pacto, obligatio constitui potest, *d. l. ab emptione* 58. *in fin. de pact.* Arrharum verò aut fidejussorum interventus non efficit, quominus res integra maneat, nudoque adhuc consensu possit ab obligatione recedi, *l.* 3. *de resc. vend. l.* 11. §. *is qui* 6. *de act. empt. l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.*

Finis Libri Tertii.

AR-

ARNOLDI VINNII, J. C.

IN LIBRUM QUARTUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 2.

Continuatio. Delictum quid, & quotuplex?

EX quatuor causis obligationum, propositis §. *ult. sup. de oblig.* duæ superiore libro tertio expositæ sunt: contractus, & quasi contractus: duæ reliquæ, maleficium videlicet, & quasi maleficium, partem quarti & ultimi occupaverunt. Maleficium species est delicti. Delictum est omne factum illicitum, quod lege humana pœnam meretur. Estque vel *publicum*, quod ad læsionem reipub. directo tendit, & publicè in exemplum vindicatur, de quo genere est tit. ultimus hujus libri: vel *privatum*, quo offenduntur singuli, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta propriè crimina; privata, maleficia appellantur: quamquam verbum criminis ad delicta privata quoque pertinet, quatenus scilicet & illa considerantur, ut societatem civilem & statum publicum turbantia: quod contingit sanè per consequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi potest, *l. ult. de priv. d. l. ultim. de furt. l. ult. de injur.* Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non persequimur forensi aut civili actione, quod nobis, quibus nocitum est, ex ea causa debetur; sed extra ordinem ad vindictam agimus, pœnamque pro modo admissi arbitrio cognoscentis statuendam, sive corporalem sive pecuniariam, quæ fisco applicetur.

TEXTUS.

Continuatio & divisio obligationum ex delicto.

Quum sit expositum superiore libro de obliga-

tionibus ex contractu, & quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur: hæ verò unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

Notæ.

Quæ ex delicto) Scilicet privato, unde læso obligatio & actio pecuniaria, sive civilis. Nam judicia publica aut persecutiones criminales huc non pertinent.

Furto, rapina, damno, injuria) Quadriga delictorum privatorum, ex Cajo *l. 4. de obl. & act.* Reliqua, de quibus *lib. 47. D.* ad hæc quatuor referri possunt.

Commentarius.

1 *Quo sensu maleficia omnia dicantur ex re nasci?*
2 *Summa hujus tituli.*

Hæ *unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur*) Ita quoque Cajus *l. 4. de obl. & act.* Obligationum, quæ ex contractu descendunt, quatuor sunt species, causis efficientibus distinctæ: nam aut re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut solo consensu, *§. ult. sup. de oblig.* Quæ verò & maleficio oriuntur, si causam efficientem spectamus, omnes unius generis sunt: nam hæ omnes re tantùm consistunt, id est, ipso maleficio, *d. l. 4.* Ut ecce, qui verbis aut scriptura professus est furtum se fecisse, aut in furtum nuda voluntate consensit, non tenetur furti: sed ut teneatur, necesse est, contractio interveniat, *l. si quis 52. §. neque 19. de furt.* Similiter, si quis verbis aut litteris confessus est, se injuriam alicui fecisse, non tenetur injuriarum: sed ut teneatur, oportet intervenisse contumeliam, *l. si unus 27. §. 2. de pact.* ubi Jurisconsultus ait, actionem injuriarum non ex pacto nasci, sed ex contumelia. Ut ut ergo injuria etiam verbis & scriptura fieri dicatur, *l. 1. §. 1. l. 5. §. si quis 9. & seq. de injur. l. un. C. de famos. libell.* tamen illa hic non attenduntur, ut causæ obligationis, sed ipsum maleficium dumtaxat & contumelia, quæ iis inhæret: unde actio omnis, quæ ex maleficio descendit, ex facto esse dicitur, *l. actionem 25. §. 1. de obl. & act.* Illud quoque dissimile est, quod ad constituendum ex contractu obligationem requiritur mutuus consensus: ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

Furto, rapina, damno, injuria) Eadem genera maleficiorum; nec plura enumerat Cajus *d. l. 4.* nimirum reliqua ad hæc quatuor referri possunt. Porro horum singula singulatim & suis quæque titulis explicantur. De furto expresso hoc titulo, quamvis generaliter conceptus sit, agitur, doceturque, quid illud sit, & quotuplex? quæ ejus pœna? quæ causa efficiens, materia, & forma; quando, quibus in rebus, & à quibus committatur? quis sit effectus? quæ inde actiones, quibus, contra quos, & cujus rei gratia dentur?

Textus.

Definitio furti.

1. *Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve: quod lege naturali probibitum est admittere.*

Commentarius.

1 *Furtum non fieri sine contrectatione: & quid inde? tum quis contrectare dicatur?*
2 *Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet.*
3 *Non item qui non lucrandi animo.*
4 *Quid si urgente fame esculenta oblata? &c.*
5 *Furtum fieri non intelligi, nisi sit qui possideat.*
6 *Furta per se & natura turpia esse.*

Auctor hujus definitionis est Paulus *l. 1. §. ult. hoc tit. de furt.* Idem *lib. 2. sent. tit. 31.* furem sic definivit; *Fur est*, inquit, *qui dolo malo rem alienam contrectat.*

Contrectatio) Furtum sine contrectatione fieri non potest. Contrectare est rem manu tractare & loco movere, *l. 3. §. si rem 18. de acq. poss. l. thesaurus 15. ad exhib.* Ex quo primum intelligimus, furtum non nisi in rebus corporalibus iisque mobilibus admitti, *§. 2. sup. de usuc. in fin.* Deinde furtum non fieri verbis aut scriptura, solove consilio aut cogitatione furti faciendi, *l. 1. §. 1. l. si quis 52. §. neque 19. hoc tit.* Et consequenter furem nondum esse, qui tantùm conclave intravit furandi causa, *l. vulgaris 21. §. qui furti 7. eod.* nec illum statim esse, qui inficiatur depositum; sed ita si intervertendi causa amoverit, occultaverit, *d. l. 1. §. 2. l. inficiando 67. eod. d. l. 3. §. si rem 18. de acq. poss.* Planè, etiam sine ablatione, sola contrectatione furtum committi potest, *d. l. vulgaris 21. §. item si, hoc tit.* Neque is solùm furtum facere & rem contrectare intelligitur, qui eam surripit, & domino aufert, sed & qui rem aut pecuniam, quam à domino accipit, alteri dandam solvendam, vel partem ejus rei pecuniæve, in suos usus convertit, *l. si quis 52. §. Julianus 16. eodem,* l. 7.

l. 7. C. eod. aut qui re prius ex voluntate domini accepta utitur; cùm usum nullum habeat, aut aliter utitur, quàm ex lege contractus debuit, de quo plenius *inf. sub* §. *furtum 6.* Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo præsente indebitum ei, quem delegavit, solvitur, *l. falsus* 43. §. 2. *eodem.*

2 *Fraudulosa*) Fraudulosa contrectatio est, cùm quis rem alienam contrectat sciens dolo malo. Suam rem, quatenus sua est, nemo fraudulenter contrectare potest. Vid. *infr.* §. *aliquando* 10. Sed & si cum esset aliena, suam quis esse existimaverit, fur non est, licet in jure, non in facto, erret, *l. sed & si* 25. §. *scire 6. de hær. pet.* §. 2. *sup. de usuc.* ex voluntate enim & proposito maleficia æstimantur, *l. qui injuria* 53. *hoc tit.* Denique furtum sine animo & affectu furandi, id est, rem intervertendi domino, non committitur, §. *placuit 7. inf. eod.* cui non est contrarium, quod Pomponius scribit, eum, qui saccum cum pecunia surripuit, furti etiam sacci nomine teneri, quamvis sacci surripiendi animum non habeat, *l. qui saccum* 77. *eod.* Nam etsi in hujusmodi specie principale propositum non est saccum furari, tamen per consequentiam, quo scilicet commodius pecunia auferri queat, etiam saccus animo surripiendi ablatus intelligi debet. Illud quoque hìc tenendum est, fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut discernatur furtum à rapina, actus clandestinus à violento, *κλοπὴ γαρ ἐςιν ἡ λανθάνουσα τῶν ἀλλοτρίων μεταλήψις.* Procl. *in Parment. Plat.* Nam etsi generali significatu & vis fraudem & dolum habet, *l. 2. §. doli 8. vi bon. rapt.* specialiter tamen fraudis appellatione ea injuria significatur, quæ occultè fit & clanculum, cum vis sit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpeculæ, vim leonis esse.*

3 *Lucri faciendi gratia*) Hæc verba causam finalem continent, & præcipuè furtum à cæteris maleficiis separant, *l. 8. §. 2. arb. furt. cæs.* Etenim in distinctione delictorum non tam factum consideratur, quàm faciendi causa, id est propositum & intentio delinquentis. Itaque si quis rem alienam contrectet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, qnamvis sciens, dolo malo, id factum in aliud genus delicti cadit; si contumeliæ causa: injuria est; si nocendi tantùm gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, *l. verum* 39. *l. qui injuriæ* 53. *hoc tit. l. 5. §. ult. l. 41. ad leg. Aquil.* A lucri studio, ac proinde etiam à crimine 4 furti, & ille alienus esse videtur, qui urgente fame esculenta aufert, ut inediæ succurrat, *c. 3. x. de furt. c. 26. de consecr. dist. 5.* quemadmodum nec illud pro furto habetur, si viator equum, quo vehitur, reficiat, & pascat in gramine aut viridi sylva secundum viam, dummodo id faciat sine aliqua vastatione, *lib. 2. feud. tit. de pac. ten. & ejus vol. §. ult.* cui simile est, quod viatori permittit Moses *Deuteron. cap. 23. vers. penultim.* & Plato 8. *de legib.* add. Covar. *in cap. peccatum 4. de reg. jur. in 6. p. 2. §. 1. n. 3.* & Grot. 2. *de Jur. bell. & pac. c. 2. num. 6. ibi.* Illud sciendum est, ut maximè res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi causa, furtum tamen subtili ratione juris non aliter fieri intelligi, quàm si sit, qui possideat. Hinc enim est, quod negatur furtum fieri rei hæreditariæ ante aditam hæreditatem, vel post aditam; antequam hæres possideat; nisi res pignori data, aut commodata, aut ususfructus alienus, *l. 1. §. Scævola 15. si is qui test. lib. l. 14. §. si res 14. l. hæreditariæ 68. cum 2. ll. seqq. hoc tit. l. 2. & l. ult. expil. hær.* Efficit hoc inquam subtilis juris ratio, quasi non sit, cui fiat. Neque tamen impune fert, qui rem hujusmodi surripuit: nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi potest & hæres rem vindicare, tenetur crimine expilatæ hæreditatis, *d. l. 2. expil. hæred.* Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis forte aliquid in via jacens lucrandi animo sustulit, ignorans cujus sit, *l. falsus* 43. §. 4. *hoc tit.* D. Tulden. *comm. hic, cap. 8.*

Vel ipsius rei, vel usus possessionisve) Hoc est, ea gratia, ut quis lucrum faciat, vel totius rei, quam contrectat, vel usus ejus, aut possessionis dumtaxat: nam ipsa contrectatio tantùm corporis est: exempla furti usus rei sunt *in* §. *furtum 6.* possessionis, §. *aliquando 10. inf. l. furtum* 74. *hoc tit.*

5 *Lege naturali prohibitum*) Furtum non ut nuptiæ cum filia aut sorore adoptiva more aut instituto civitatis, sed per se & natura turpe ac flagitiosum est, sicut homicidium, adulterium, aliaque id genus fœda, *l. probrum 42. de verb. sign.* ad quod demonstrandum nihil opus est vel auctoritate vel ratiocinatione. Natura ipsa hoc omnium mentibus ingeneravit, nefas esse alteri detrahere sui commodi causa. Cicero *lib. 3. offic. cap. 5. Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes, augeamus.* Quod verò apud quasdam gentes furta licita atque impunita fuere, veluti apud Ægyptios & Lacedæmonios, de quibus testatur Gell. *lib. 11. cap. 18.* id rationem communem non mutat; neque ex unius aut alterius populi institutis de jure naturæ suæ gentium judicandum est: de quo latius dis-

serui

servi *sub tit.* 2. *lib.* 1. Sed nec illi ipsi, quos diximus, Ægyptii aut Lacedæmonii furta simpliciter permiserunt aut probarunt, tamquam rem omnibus & per se licitam. Verùm Ægyptiorum legislator, cùm existimaret fieri non posse, ut omnes à furto abstinerent, viam quæsivit, qua domini res sublatas statim & sine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellet, jussit nomen suum profiteri apud furtum principem, atque ad eum res surreptas è vestigio referre, quæ deinde dominis ita restituerentur, ut prius taxatione facta, quartam partem pretii earum pro redemptione persolverent, quasi pœnam negligentiæ. Diod. Sicul. *lib.* 1. *biblioth. cap.* 18. Lycurgus autem, qui Lacedæmoniis leges tulit, non promiscuè omnium rerum furta permisit, sed tantùm edulium, neque omnibus furari, sed junioribus dumtaxat: quos furtim sibi alimenta comparare voluit, ut acuerent industriam, discerentque à pueris, noctu vigilare, interdiu fallere, insidias struere, exploratores habere: quoniam deprehensos verberibus cædi jubebat: ita adultos bello utiliores fore existimans, teste Xenophonte *lib. de repub. Lacedæmon.* VINN. Ex alio fundamento furtum lege naturali prohibitum esse negat ὁ πάνυ Salmas. *de usur. cap.* 9. puta, quod ipsum dominium non natura, sed hominum voluntas introduxerit, sine dominio autem furtum non intelligatur. Enimvero quum jus naturæ vel absolutum sit vel hypothecum, facile patet, posito dominio, furtum ipsi rectè rationi non absolutè, sed hypotheticè adversari. Vid. Puffendorff. *de j. N. & G. Lib.* 3. *cap.* 3. §. 24. HEIN.

TEXTUS.

Etymologia.

2. *Furtum autem, vel à furvo, id est, nigro dictum est, quod clam & obscurè fiat, & plerumque nocte; vel à fraude; vel à ferendo, id est, auferendo; vel à Græco sermone, qui* φῶρας *appellant fures. Immo & Græci* ἀπὸ τῦ φέρειν φῶρας *dixerint.*

COMMENTARIUS.

TRaditur hic quadruplex furti etymologia ex *l. pr. hoc tit.* nimirum quod furtum dictum sit vel à *furvo*, vel à *ferendo*, vel ab antiquo Græco verbo φῶρ. Prima notatio Labeonem quoque auctorem habet, qui, ut Paulus refert in *d. l.* 1. furtum à furvo, id est, nigro, ideo dictum ait, quod clam & obscurè fiat, & plerumque nocte: quod etiam Nonius *lib.* 1. confirmat auctoritate Varronis, quem scribit furem ex eo dictum tradidisse *lib.* 14. *de rer. div.* quod furvum atrum appellaverint, & fures obscuras noctes atque atras facilius furentur. Servius quoque in *lib.* 9. *Æneid.* ad illud Virgilii, *v.* 350. *Hic furto fervidus instat*, notat, fures ideo dictos, quod furvo, id est, nigro tempore furta committunt. Secundæ auctor est Sabinus *d. l.* 1. quæ mihi videtur minus concinna. Tertia, quod à ferendo, id est, auferendo fures dicantur, cum re optimè convenit. Postrema, quod fur à verbo Græco φῶρ per affinitatem litterarum dictus sit, placet Gell. *lib.* 1. *c.* 18. ubi tantum non carpit Varronem, quasi memoria lapsum, quod furem dictum scripsit à furvo, VINN. Verè fures à *ferendo* vocati. Hinc ipsos servos olim ita dictos nemo ignorat. Simile quid contigit Germanico vocabulo, *Scalk*, quod quum olim servum, famulum, ministrum notarit, eaque significatio etiamnum supersit in nominibus, *Mareschallus*, *Seneschallus*, *Gottschallus &c.* hodie non nisi in sensu deteriore pro homine nequam & callido nebulone accipitur. HEIN.

TEXTUS.

Divisio.

3. *Furtorum autem duo sunt genera; manifestum, & nec manifestum. Nam conceptum & oblatum species potius actionis sunt furto cohærentes, quàm genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci* ἐπ᾽ αὐτοφώρῳ *appellant: nec solùm is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit, & nondum egressus januam deprehensus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto deprehensus fuerit. Immo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel à domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo deferre vel deponere destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.*

NOTÆ.

3. *Quàm genera furtorum*) Quamvis Paulus hæc inter genera furtorum referat, *lib.* 2. *sent.* 31.

COMMENTARIUS.

1 *Genera furtorum, tum quæ olim, tum quæ secun-*

cundum praxim hodiernam ?
2 *Furis manifesti descriptio.*
3 *Quid furtum nec manifestum ?*

1 FUrtorum tantùm duo sunt genera, manifestum, & nec manifestum, *l. 2. eod.* nam, ut hìc indicatur, & latius explicatur §. *seq.* conceptum & oblatum non sunt genera furti, sed species actionis furto cohærentes : neque inter duo illa genera reperitur medium; quamvis fieri possit, ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diverso scilicet tempore & actione, *l. vulgaris. 21. pr. vers. nam etsi eod.* Planè furtum variè subdividi potest, veluti quod aliud sit diurnum, aliud nocturnum, aliud domesticum, aliud non domesticum. Discernuntur & à cæteris furibus abigei, balnearii, saccularii, directarii ; atque atrocius extra ordinem puniuntur, *tit. de abig.* & *de fur. baln. l. 7. de extraord. crim.* Peculatores, sacrilegi, plagiarii puniuntur legibus publicorum judiciorum, §. *9. & 10. inf. de publ. Jud.* Ex praxi Galliæ & harum regionum furtum dividitur in simplex & qualificatum. Simplex est, cui nullum aliud crimen aut circumstantia aggravans adhæret. Qualificatum contra. Vid. Damhoud. *prax. crim. c. 110. de fur.* Baron. *commen. hic, part. ult.*

Manifestus fur est) Descriptio furis & furti manifesti, ex qua discimus, furem manifestum censeri primum eum, qui in ipso facto seu actu furandi deprehenditur : tum eum etiam, qui deprehenditur in loco, ubi fit furtum : postremo & eum, qui, quantumvis locum egressus, deprehenditur cum re furtiva antequam eum pertulit, quo perferre destinaverat. Desumpta hæc descriptio est ex *l. 3. & 2. seqq. de furt.*

E'π' αὐτοφώρῳ appellant) Hoc est αὐτοφώρῳ, in ipso furto, ἐπ' αὐτῇ τῇ φωρᾷ, scil. ἁλόντα. deprehensum in admisso Papinianus appellat, *l. 8. de præscr. verb.* Paulus de eo, qui cum furto deprehenditur, hoc explicat, *d. l. 3. in pr.* sed plenius Hesychius, ἐπ' αὐτοφώρῳ, inquit, ὁ φανερῶς καταληφθεὶς ἢ ἐπ' αὐτῷ τῷ κλέμματι εὑρεθεὶς ἔτι κατέχων αὐτόν. Usurpatur & deprehensis in alio quolibet facto aut crimine, ut Novell. Leonis περὶ τοῦ ἐπ' αὐτοφώρῳ ἁλόντος μοιχοῦ.

Visus vel deprehensus) Non solùm prehensio, sed etiam visio furem manifestum facit, utique cùm ad eum comprehendendum accursum est, isque abjecto furto effugit, *l. 7. §. 1. & 2. eod.* Servius in illud Virgilii *Eclog. 3. Non ego te vidi ?* manifesti inquit, eum furti arguit, dicendo, *vidi.*

Vel à domino, vel ab alio) Nihil refert, à quo fur deprehendatur, utrum ab eo, cujus res est, an à vicino, aliove quolibet transeunte, *l. 3. §. 1. l. 7. §. ult. eod.* Itaque quod de procuratore furtum mihi faciente deprehendente proponitur, *l. si quis. 24. §. 2. de usur.* id exempli tantùm causa prolatum intelligendum est. Neque hac ratione fit, ut alteri per alterum obligatio acquiratur contra regulam juris, *§. 4. & §. alteri. 18. sup. de inut. stip.* nam deprehensio, cujuscumque ea sit, delictum tantùm qualificat.

Nec manifestum furtum, quid sit &c.) Nec manifestum furtum quid sit, ex manifesti, tamquam contrarium ex contrarii sui definitione, intelligitur, *l. 8. hoc tit.* Sed & apertè illud 3 definitur *vers. proximè præced.* ubi Justinianus ait, eum, qui rem pertulit, quo destinavit, tametsi cum re furtiva deprehendatur, non esse furem manifestum. Quomodo & Jurisconsultus *l. 5. §. 2. eod.* idque sic à Paulo explicatur, *l. 4. eod.* si eo pertulit, quo destinavit eo die manere cum eo furto. Quare etsi postero die iterum rem auferat, & dum alio perfert deprehendatur, non erit fur manifestus. Bellè in hanc sententiam Massurius apud Gellium *lib. 11. c. 18. Manifestum, inquit, furtum est, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis cùm perlatum est, quo ferri cœperat.*

TEXTUS.

De furto, concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. *Conceptum furtum dicitur, cùm apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita, & inventa sit : nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit ; quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cùm res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit ; utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quàm apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto prætoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quæsitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, scilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Quum enim requisito rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat, merito ex consequentia etiam præfatæ actio-*

actiones ab usu communi recesserunt : quum manifestum sit quod omnes , qui scientes rem furtivam susceperint , & celaverint , furti nec manifesti obnoxii sunt.

COMMENTARIUS.

1 *Vetus inquirendi furti ratio cum lance & licio.*

Conceptum furtum , item oblatum , non tam esse genera furti,quàm species actionum furto cohærentes , didicimus §. *prœc.* quamvis Paulus 2. *sen.* 31. & Cajus 2. *Inst.* 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent. Idemque habendum de duobus reliquis, quorum hìc fit mentio, prohibito scilicet , & non exhibito.

Furtiva res quæsita & inventa) Is , apud quem testibus adhibitis res quæsita & inventa erat , quamvis fur non esset, tenebatur actione furti concepti. Paulus *d. loc. Concepti* , inquit , *actione is tenetur, apud quem furtum quæsitum & inventum est.* Item, *Concepti is agere potest , qui rem concepit & invenit.*

Propria actio constituta) In triplum, ut testatur Gellius *lib.* 11. *cap.* 18. ubi scribit, ea furta, quæ per lancem & licium concepta essent, perinde ac si manifesta forent , duodecim tabulis vindicata : post verò tripli pœnam ordinario jure constitutam.

Oblatum furtum) Oblati furti is tenebatur, sive fur, sive alius quis, qui rem furtivam alii obtulerat, ne apud se deprehenderetur, atque ita pœnæ turpitudinem effugeret. Hìc ei, apud quem res concepta erat , propria adversus eum, qui obtulerat, actio dabatur , quæ dicebatur ablati : cujus vis in triplum item erat , ut testantur Gellius & Paulus iisdem locis.

Prohibiti furti actio) Prohibiti furti actione tenebatur , qui furtum apud se testibus præsentibus investigari prohibeat. Furti non exhibiti, qui rem furtivam apud se quæsitam & inventam non exhibeat. Utraque igitur hæc actio pendebat ex furto concepto. VINN. Furti exhibiti actionem in duplum datam fuisse, docuimus alibi ex Plaut. *Pœnul. Act.* 3. *sc.* 1. *v.* 54. *seq. Act.* 1. *sc.* 1. *v.* 55. *Act.* 3. *sc.* 4. *v.* 27. *sc.* 5. *v.* 39. *scen.* 6. *v.* 14. in quibus locis alii actionem servi corrupti , tanquam caput secundum legis Aquiliæ sibi invenisse videntur. Vid. Taubm. *Ad not. ad h. l.* & adde *Elementa nostra Juris lib.* 4. §. 1058. HEIN.

In desuetudinem abierunt) Quatuor superiores actionum species tempore Justiniani dudum obsoleverant,& inde nullam earum mentionem in pandectis fieri voluit.

Requisitio rei furtivæ secundùm veterem observationem) Ratio inquirendi furti cum lance & licio vetustissima est , utpote ex lege duodecim tabularum , teste Gellio *d. loc. & lib.* 16. *cap.* 10. Ex Festo autem discimus, lance & licio apud antiquos dici , quod qui furtum ibat quærere in domo aliena , licio cinctus intrabat , lancemque ante oculos tenebat propter matrum famil. aut virginum præsentiam. Quod sumptum videtur ab institutis Atheniensium. Nam & Plato *lib.* 12. *de legibus* , sic scribit : φώραν δὲ ἂν ἐθέλῃ τις παρ' ὁτῳοῦν, γυμνὸς ἢ χιτωνίσκον ἔχων ἄζωστος,&c. ἴτω φωράν. Id est, si quis furtum apud quempiam veuit quærere, is id faciat nudus , aut licium habeus, & discinctus. Nudi ædes suspectas ingrediebantur, amicti tantum simplici cincticulo , quod hìc veteres licium vocant , ne quid forte vestibus conditum inferrent , dominoque ædium falsum crimen objectare possent. Hanc autem furti investigandi rationem jam suo tempore sublatam fuisse , refert Gellius *d. cap.* 10. ut verisimile sit, in locum ejus successisse, quod hìc scribit Justinianus , ut testibus adhibitis furtum in domo aliena quæreretur : quod tamen & ipsum , ut durum atque inhumanum, quoniam hoc modo secreta cujusque hominum nimiæ curiositati panduntur, postea exoleverit. VINN. Plura de ritu furtum per lancem & licium inquirendi nos diximus in *Antiq. Roman. Lib.* 4. *h. t.* Iugeniosa quoque & erudita sunt , quæ ex instituto de illo disseruit V. C. Abr. Willingius in libro singulari *de furto per lancem & licium concepto.* Non una utriusque hypothesis. Sed quis prohibeat in re tam vetusta hariolari ? HEIN.

Furti nec manifesti obnoxii sunt) Quid si rei criminis planè convinci non possint , adsint autem non levia susceptæ & celatæ rei furtivæ indicia ? Admittetur hodieque ejus rei inquisitio in ædibus alienis , sed auctoritate publica , missis executoribus justitiæ , non eo, cui furtum factum dicitur. D. Tulden. *comm. hic cap.* 13. post DD. commun.

TEXTUS.

Pœna.

5. *Pœna manifesti furti quadrupli est , tam ex servi, quam ex liberi persona : nec manifesti, dupli.*

NOTÆ.

5. *Tam ex servi, quàm ex liberi*) Hoc dicens respicit ad pœnam furti manifesti ex lege 12. tab. qua servi è saxo præcipitabantur ; liberi verberibus cæsi addicebantur ei , cui furtum factum esset Gell. 11. *cap.* 18. Prætores autem

id

id furtum quadruplo lui voluerunt nulla facta distinctione inter liberos & servos, convenit *cap. 3. Exod. & cap. 5. Deuter.*

Commentarius.

1 *Furta variè multata etiam apud Romanos, à decemviris, à prætoribus, & n. 5.*

2 *Precedente tempore etiam criminaliter furti agi cœptum: & tandem civiliter agi desitum.*

3 *Quæ furti pœna ex constitutionibus Frederici & Caroli Impp. & quomodo nunc fere fures, plectantur?*

4 *Ostenditur, non pugnare cum justitia attributrice, quod fures interdum etiam morte afficiantur?*

1 POEna furti nec una apud omnes, nec eadem semper apud Romanos fuit. Nam alii pœna pecuniaria tantùm? alii flagellatione; alii fustigatione; alii effusione oculorum, aut alicujus membri amputatione; alii gravius etiam, adeoque morte furta mulctarunt. Vide Alex. ab Alex. *6.genial. dier.* 10. Bodin. *6.de repub. 6.* Decemviri fures manifestos verberibus affectos in servitutem tradi jusserunt ei, cui furtum factum esset: servos furti manifesti prensos cædi, & è saxo præcipitari; furtis autem non manifestis tantùm pecuniariam pœnam dupli imposuerunt: quorum in altero servitatem Draconis, qui furta omnia capite plectebat, in altero Solonis lenitatem, qui, ea dupli tantùm pœna vindicabat, secuti videntur. Gell. *lib.* 11. *c.* 18. Cæterum prætoribus pœna illa furti manifesti adhuc nimis acerba visa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli in fures 2 non manifestos intactam reliquerunt. Procedente verò tempore etiam criminaliter furti agi cœptum est, & vindictæ publicæ causa extraordinaria animadversione fures coerceri, pœnam statuente judice pro qualitate circumstantiarum: eaque persecutio criminis jam tempore mediæ jurisprudentiæ frequentiore in usu erat, quàm actio furti civilis, *l. ult. hoc tit.* Moderamen autem attulit Justinianus novissima sanctione, qua cavit, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abscisio infligatur; sed ut aliter fures castigentur, puta pœna pecuniaria, vel exilio, vel simili, quam constitutione, sua non excepit. *Nov.* 134. *cap. ult. auth. sed novo, C. de serv. fugit.* Posterioribus verò sæculis civilis furti actio, pœnæque pecuniariæ, quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ sunt. Cæterum severius furta vindicari placuit, propter crescentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coercenda pœna antiquæ jam non amplius sufficere videbantur. Extat Fre- 3 derici Imperatoris constitutio *lib.* 2. *Feud. titul. de pac. ten. & ejus viol.* qua jubet, eum, qui quinque solidos aut rem ejusdem valoris furatus fuerit, laqueo suspendi, eum verò, qui minus furtum commiserit, scopis & forcipe excoriari & tundi, sive ut Hotomannus legit, tonderi, *§. ult. dict. tit.* eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur *eod. lib. Feud. tit. de pac. ten. inter subd.t. §. injuria seu furtum.* 1. Quod autem plerique Fredericum loqui putant non de simplici furto, sed seditioso, id est, eo, cum quo concurrit & crimen violatæ pacis, argum. rubricæ vid. Lud. Gomez *ad §. ex maleficiis.* 18. *num.* 3. 4. & 5. *inf. de act.* Clar. *§. furtum. n.* 7. Schneid. *in §. ult. hoc tit. n. 6.* id vix confutatione dignum videtur. Quid enim commune habet furtum cum violatione pacis? Sed & violatio pacis publicæ per se crimen capitale est, neque in eo locum habet distinctio, quam Fredericus facit. Recentior est constitutio Caroli Quinti, qua cavetur, ut fures præsertim non manifesti, neque magnæ rei, & semel dumtaxat furti convicti, lenius, iterum & tertio convicti, gravius & capite puniantur, habita tamen ratione sexus, ætatis, &c. *art.* 157. & *seqq. const. imp. caus. crim.* Atque hanc Caroli Imperatoris constitutionem mores hodierni fere sequuntur. Prima enim vice nunc virgis fures cædi solent: iterum patrato facinore acrius castigantur, atque insuper tergis eorum stigma inuritur, ut hoc sit eis cauterium emendatioris vitæ: denique tertio convicti, in patibulum attolluntur, ut vitam, quæ flagris, aut alia etiam graviore coercitione emendari non potuit, reste finiant. Qui tamen ordo animadversionis nonnunquam mutatur, circumstantiis judicem aliter moventibus. Gomez. *ad d. §. ex maleficiis.* 18. *n.* 4. Chassan. *ad consuet. Burg. rubr.* 1. *§.* 5. *vers. simplex. num.* 2. Clar. *d. §. furtum. n.* 12. Covar. 2. *resol.* 9. *n.* 7. & 10. *n.* 2. Damhoud. *prax. crim. cap.* 110. *n.* 28. & *seq.* Gud. l. n. 5. *de jur. nov.* 19. Privatis tantùm relicta est ejus, 4 quod surreptum est, judicio civili persequendi facultas. Sunt, qui hasce pœnas, præsertim capitalem illam laquei, ut duras nimis & proportionem pœnæ ad delictum longè excedentes, in totum damnant, negantque, justitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte, qui in rebus dumtaxat externis alteri nocuit, maximè cùm etiam lex divina Hæbreis per Mosen data non majore pœna, quàm pecuniaria fures plecti jubeat, *Exod. c.* 2.

c. 22. Verùm respondent alii, nos legibus pœnalibus Mosaicis, utpote politicis, non teneri, utique quoad gradus pœnarum observandos, quibus delicta coerceantur; satis esse si leges nostræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur: gradus pœnarum permittendos esse legum conditoribus, quibus proinde fas sit, severius delicta punire, atque ea quoque, per quæ fortunæ tantùm bonis nocetur, capite plectere, si viderent publicè id expedire, neque mitiore ratione cives à flagitio deterreri posse. Illam verò proportionem, quæ debeat esse culpam inter & pœnam, non spectare absolutè, & nudè materiam delicti, sed habere respectum ad hunc finem, ut in quieto sit vita communis, & imperturbata maneat civium inter se societas. Quare si talis sit pœna, cujus metu cives à delinquendo non videantur revocari posse, eam proportionatam non esse, quamvis alias per se & ratione damni, quod illatum est, satis sit gravis. Neque enim proportionem hanc exigere, ut materia pœnæ examussim respondeat materiæ culpæ, hoc est, ut bonum quo pœna privat, neutiquam excedat bonum illud, quo delinquens privavit proximum suum, sed æstimandum esse ex fine, publico scilicet bono, & transgressione legis atque inobedientia. Idque etiam Aristotelem docere 2. *polit. cap. ult.* ubi ait, legislatores in puniendis delictis sæpe respicere πρὸς τὸ συμφέρον, id est, ad id, quod publicè expedit. Et intellexisse Claudium Saturninum in *l. aut facta* 16. *in fin. de pœn.* ubi scribit supplicia exacerbari oportere, quoties nimium multis grassantibus exemplo opus est: in quam sententiam etiam disserit Cæcilius apud Gell. *lib.* 20. *c.* 1. ubi ait acerbitatem ulciscendi maleficii plerumque bene atque cautè vivendi esse disciplinam. Postremo neque furta quælibet hodie morte puniri, sed ea duntaxat, quæ vel enormia sunt, aut conjuncta cum vi publica, vel quæ sæpius perpetrata leviori animadversione corrigi non potuere. Covar. 2. *resol.* 9. *n.* 7. Dan. Moll. 1. *semest.* 37. *n.* 5. & *seq.* Wesemb. *par. de fur. in fin.* latè Lud. Molin. *de just. & jur. tom.* 3. *tract. disp.* 2. Perez. *in C. de furt. num.* 15. & *seqq.* Vinn. Frustra ad leges Mosaicas forenses provocatur, ubi alia rei publicæ conditio alios mores postulat. Apud Hebræos rariores erant fures, quia rariores egeni & famelici. Palæstina æqualiter fuerat inter omnes distributa: cuique familiæ agri pars sorte obtigerat, neque ea facile excidere poterant posteri ob jura anni Jubilæi. Accedebat, quod totus populus esset à luxuria alienus, adeoque tenue rerum omnium pretium. In tanta vitæ simplicitate paucos esse oportebat pauperes, adeoque & paucos fures. Unde non mirum, leviorem pœnam sufficere visam supremo legislatori ad Israelitas in officio retinendos. Quam diversa rerum publicarum nostrarum conditio, in quibus nec furcæ nec patibula coercendæ furum audaciæ sufficiunt? Hein.

Tam ex servi, quàm ex liberi persona) Respicere videtur ad pœnam furti manifesti ex lege 12. tabularum. Nam ea pro conditione personæ ejus, qui furtum fecisset, diversa erat: servi è saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset, ut ex Gellio supra retulimus. At prætores mutata legis pœna, & pecuniaria quadrupli furto manifesto imposita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos: ut scilicet nomine servi furis manifesti dominium pœnali in quadruplum actione convenire liceret, non quidem purè & directè, ut homo liber conveniatur ex maleficio proprio, sed judicio noxali, *inf. tit. de nox. act.* Quod si quis furti à servo commissi criminaliter agere velit, ipse servus conveniendus est.

Textus.

Quando furtum fit: De contrectatione.

6. *Furtum autem fit, non solùm cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet: sed generaliter cùm quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur; sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quàm cujus gratia ei data est, furtum committit: veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre secum tulerit: aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi, longius aliquo duxerit; quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.*

Notæ.

6. *In alium usum transferat*) Vel etiam alii utendum concedat. Species enim lucri est, ex alieno largiri, & beneficii sibi debitorem acquirere, *d. l.* 54. §. 1.

Qui in aciem) Cujacio legendum videtur: *Qui in Ariciam acceptum equum longius perduxisset*, ex Valerio & Symmacho *dd. loc.* quamquam constans est hæc lectio, *in aciem.* Teoph. εἰς παράταξιν.

Commentarius.

1 *Quid moribus horum temporum circa hunc §. observetur?*

Fur-

Furtum fieri intelligitur non tantùm si quis rem alienam clam domino amoveat, ipsius rei intervertendæ causa: verùm etiam si quis id faciat solius usus rei in lucrum suum transferendi gratia; adeoque non amovendo tantùm, sed etiam aliter contrectando furtum committitur, nempe si quis ea re, quam voluntate domini apud se habet, non ex voluntate domini utatur. In summa, ut Sabinus ait apud Gellium *lib.* 11. *cap.* 18. *Qui alienam rem attrectavit, cùm id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur.*

Si creditor pignore, &c.) Pignus non ad utilitatem, sed ad securitatem datur, §. *ultim. sup. quib. mod. re cont. obl.* depositum custodiæ causa, non usus, *tot. tit. depos.* Itaque si creditor pignore, is apud quem res deposita est, ea re utatur, furtum committi intelligitur. Idem est, si commodatarius in alium usum, quàm in quem accepit, rem commodatam transferat: & magis idem, si quis pecuniam, quam ad alium perferendam accepit, convertat in usus suos, *l. qui jumenta* 40. *l. si pignore* 54. *l. qui re* 76. *hoc tit. l.* 7. *C. eod.* Sed & eum, qui quid utendum accepit, si id alii commodaverit, furti obligari traditum est; nec quem movere debere, quasi hic nihil lucri sui causa faciat: speciem enim lucri esse ex alieno largiri, & beneficii sui debitorem acquirere. Unde eum quoque furti teneri, qui ideo rem amovet, ut alii donet, *d. l. si pignore* 54. §. 1.

Veluti si quis argentum, &c. aut equum gestandi causa) *L.* 5. §. *quinimo* 8. *commod. d. l.* 40. *hoc tit.* Gell. *lib.* 7. *cap.* 15. Memorabile est, quod refert Valer. Max. *lib.* 8. *cap.* 2. & Symmach. 7. *epist.* 69. furti quemdam damnatum esse, quod equo, cujus usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus esset. Quod tamen mihi perquam durum videtur: neque puto, criminaliter ex hujusmodi causis agi potuisse. Sanè pœna corporalis, qua nunc fures afficiuntur, tantùm locum habet in amotione rei è loco, in quo dominus eam posuerat, non etiam cùm alias ignotante domino contrectata est, puta à creditore, aut depositario, pignore aut re deposita utentibus, aut à commodatario excedente præscriptum utendi modum. Excipit D. Tuldenus *comm. hic, cap.* 2.

1 fraudem publici tabularii; & merito. Moribus horum temporum creditor aut depositarius re pignorata aut deposita utentes, aut commodatarius re commodata aliter, quam utendam accepit, furti actione, quæ soli fisco nunc competit, non tenentur, sed tantummodo actioni civili in id, quod ejus, qui pignori dedit, deposuit, aut commodavit, interest, id factum non esse. Zypæ. *not. jur. Belg. de furt. vers. pen.* Autumn. *confer. du droict. in l. qui jumenta* 40. *h. t.* Groenevv. *de ll. abrog. hic.*

Textus.

De affectu furandi.

7. *Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quàm utendas acceperint, ita furtum committere, si se intelligant id invito domino facere; eumque, si intellexisset, non permissurum; ac si permissurum credant; extra crimen videri: optima sanè distinctione; quia furtum sine affectu furandi non committitur.*

Notæ.

7. *Sine affectu furandi*) *L.* 37. *de usuc.* Furtum non omittitur χωρὶς κλοπῆς προθέσεως. Psellus cum facto etiam animum furis exigit, *l.* 41. *ad leg. Aquil.* nec tam factum quæritur, quàm faciendi causa, *l.* 39. *eod.* Nam maleficia ex proposito delinquentis æstimantur, *l.* 53. *eod.*

Commentarius.

1 *Species quædam notabilis.*

Cum furtum sine animo & affectu furandi. χωρὶς κλοπῆς προθέσεως, non committatur, *l. furtum* 37. *de usuc.* neque tam factum quæratur quàm faciendi causa, *l. verum est* 39. *hoc tit.* rectè dictum est, eum, qui putavit se voluntate domini rem attingere, non esse furem. Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id, sive verè putet? Is ergo solus fur est, qui attrectavit, quod invito domino se facere scivit, *l. inter omnes* 46. §. *rectè* 7. *eod.*

Rebus commodatis aliter uterentur) Idem est, si quis utatur re, quæ utenda quidem data non est, sed custodiæ aut pignoris causa tradita, existimans se id facere domino non invito, *l. qui re* 76. *eod.* Sed quid dicendum, si quis rem aliquam usus sui causa ex ædibus alienis amoverit hoc obtentu, quod dicat, se putasse dominum id permissurum fuisse? Equidem si vir sit integræ famæ, & justam causam hujus opinionis habeat, puta quæ mutua amicitia, necessitudine, familiaritate nitatur, dixerim, nec hunc furem habendum esse, cum Joan. Fab. & Ang. *hic*, per textum generalem in *d. l. inter* 46. §. *rectè* 7. *hoc tit.* alias suspicione furti & gravi præsumptione onerabitur, *arg. l. qui vas* 48. §. 3. *eod.* Nam, ut rectè ait Bald. in *l.* 6. *C. de dol.* in his, quæ sunt de genere pro-

1

prohibitorum, ſemper dolus præſumitur. Quæ ſententia etiam communi calculo comprobata eſt, in *l. 5. C. de injur.* Et ideo ne domini quidem atteſtatio, profitentis conſenſu ſuo rem amotam eſſe, furem liberabit, utpote quæ pretio aut precibus emendicata creditur, niſi accedant idoneæ in contrarium conjecturæ. Cæterum hoc tunc locum habet, cùm furti criminaliter agitur: nam privatam ſui juris perſecutionem unuſquiſque remittere poteſt. Ita poſt Bart. *in d. l. inter 46. §. rectè 7. hoc tit.* & DD. *in l. transfigere 18. C. de transact.* concludit Gomez. 3. *reſol. 5. num. 2.*

TEXTUS.

De voluntate domini.

8. *Sed & ſi credat aliquis invito domino ſe rem commodatam ſibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæſitum eſt, quum Titius ſervum Mævii ſollicitaverit, ut quaſdam res domino ſurriperet, & ad eum perferret: & ſervus id ad dominum pertulerit: Mævius autem dum vult Titium in ipſo delicto deprehendere, permiſerit ſervo quaſdam res ad eum perferre; utrum furti, an ſervi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cùm nobis ſuper hac dubitatione ſuggeſtum eſt, & antiquorum prudentium ſuper hoc altercationes perſpeximus, quibuſdam neque furti, neque ſervi corrupti actionem præſtantibus, quibuſdam furti tantummodo, non hujuſmodi calliditati obviam euntes, per noſtram conſtitutionem ſancimus, non ſolum furti actionem, ſed & ſervi corrupti contra eum dari. Licet enim is ſervus deterior à ſollicitatore minimè factus eſt, & ideo non concurrant regulæ, quæ ſervi corrupti actionem introducunt: tamen conſilium corruptoris ad perniciem probitatis ſervi introductum eſt, ut ſi ei pœnalis actio impoſita, tamquam ſi re ipſa fuiſſet ſervus corruptus; ne ex hujuſmodi impunitate & in alium ſervum, qui facile poſſet corrumpi, tale factum à quibuſdam perpetretur.*

NOTÆ.

8. *Si credat invito, &c. domino autem volente)* Pomponius *l. 46. pen. eod.* ait, furtum quidem fieri, ſed negat hoc caſu furti agi poſſe: quia dominus in uſum conſentiens re ipſa fraudatus non eſt, arg. *l. 145. de reg. jur.*

Neque ſervi corrupti) Quippe quæ ei tantùm à prætore proponitur, cujus ſervus perſuaſione alterius corruptus eſt, *l. 1. de ſerv. corrupt.* quod hic factum non eſt.

Per noſtram deciſionem) L. 20. C. de furt. ubi vel conatum tam improbum ſollicitatoris vult puniri, proque furto & corruptione haberi.

Tamquam ſi re ipſa, &c. corruptus) Si autem ſervus re ipſa corruptus fuiſſet, in duplum, quanti ea res eſt, in corruptorem judicium daretur, *l. 1. de ſerv. corrupt.*

COMMENTARIUS.

1 *Eum, qui rem alienam, licet inſuper habente domino, fraudulenter contrectat, revera furtum facere: furti tamen non obligare.*

2 *Cur dubitatum, utrum ſollicitator ſervi in hypotheſi propoſita actione furti aut ſervi corrupti teneretur? necne?*

QUod hic ait Juſtinianus, furtum non fieri, etiamſi quis credat ſe rem invito domino attrectare, cum id faciat domino volente, id non de facto ipſo, ſed de pœna facti accipiendum eſt, videlicet in propoſito non eo effectu furtum committi, ut is, qui contrectavit, pœnali actione furti teneatur. Neque enim negari poteſt, quin revera furtum faciat; & peccato conſcientiam obſtringat, qui rem alienam lucri ſui cauſa fraudulenter contrectat, etiamſi illo ignorante dominus id inſuper habeat, quod & Pomponius fatetur *l. inter 46. §. pen. hoc tit.* Cæterum negat eum hoc caſu furti obligari, id eſt, furti cum eo agi in foro civili poſſe: quoniam dominus, qui eum uti voluerit, etiamſi id fur ignoret, re ipſa fraudatus non ſit, *arg. l. nemo 145. de reg. jur.* Sunt verò & alii caſus, quibus licet furtum committatur, actio tamen furti certis de cauſis à magiſtratu denegatur, vid. *l. 1. in fin. rer. amot. l. ſervi 17. l. ſi libertus 89. hoc tit. §. hi qui 12. inf. eod.* [1]

Unde illud quæſitum, &c.) Quoniam placet furti non obligari eum, qui rem alienam contrectat, ſi id faciat domino volente, licet hoc ipſe ignoret, quæſitum inde eſt, an furti teneatur, qui ſervum alienum ſollicitavit, ut res aliquas domino ſurriperet, & ad ſe perferret, ſi dominus per ſervum ejus rei certior factus permiſerit ſervo res quaſdam ad ſollicitatorem perferre, quo eum in delicto deprehendat. Quibuſdam viſum eſt furti actionem non magis hoc caſu competere, quàm ſuperiore: quia cui volenti furtum factum eſt, furti agere non poteſt. Aliis verò contra, quoniam voluntas iſta non ſeria fuit, ſed ſimulata, ut fur deprehenderetur. Simul illud quoque quæſitum, an ſuaſor iſte ſeu ſollicitator in propoſita hypotheſi teneatur actione ſervi corrupti, quæ in duplum quanti ea res eſt, à prætore proponitur adverſus eum, [2] cu-

cujus persuasione servus corruptus aut deterior factus est, *l. 1. de serv. corrupt.* Veteribus placuit non teneri, quia prætor de eo tantùm loquitur, à quo servus persuasus & corruptus est, in proposito autem suasisse quidem sollicitatorem, pravumque consilium servo dedisse; at non persuasisse & fecisse deteriorem: proinde nec esse quod hic æstimari & duplari posit. Cæterum Justinianus *l. si quis 20. C. hoc tit.* non attenta disputatione veterum censuit, vel conatum tam improbum sollicitatoris puniendum esse, proque furto & corruptione habendum: nam etsi is conatus revera effectum non habuit, habuisse tamen opinione perniciosi suasoris, atque esse rem pessimi exempli; ut *hic, & d. l. 20.* latius disserit. Quantum igitur hoc casu judicio servi corrupti postulabitur? Quantum scilicet deberetur, si revera servus corruptus fuisset.

Textus.

Quarum rerum furtum fit. De liberis hominibus.

9. ***Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit.***

Commentarius.

SI filiusfam. subreptus sit, palam est, patrem habere furti actionem, inquit Ulp. *l. 14. §. si filiusfam. hoc tit.* Cujus rei ratio ex jure antiquo Quiritium sumenda est, quod filius instar servi in patris manu, potestate, ac ditione erat; unde etiam liberi, qui in potestate sunt, vindicari potuerint, hac adjecta clausula, *Ex lege Quiritium*, *l. 1. §. 2. de rei vind.* Ob furtum igitur filiifam. tripliciter agi poterit. Judicio criminali extra ordinem, *l. ult. hoc tit.* judicio publico legis Fabiæ de plagiariis, *l. ult. C. ad leg. Fab. de plag.* & civiliter in duplum aut quadruplum. Quoniam autem in libero homine nulla æstimatio corporis fieri potest, *l. 1. §. sed cum 5. de his qui effud.* multiplicabitur hic secundum interpp. id quod patris interierit. Mater filii surrepti actionem non habet, quia nec in potestate eum habet, *l. mater 38. de furt.* Sed nec patri datur condictio, utpote quæ non nisi vero domino competit, *l. 38. §. 1. eod.* Vinn. At quis negaverit, patrem jure Rom. fuisse verum liberorum dominum, quum & vindicare eos & dominium Quiritiarium mancipatione in alios transferre potuerit? Et cedo, qui minus pater erat filiifam. dominus quam tutor rei pupillaris, vel bon. fid. possessor? quibus tamen condictionem dari patet ex *l. 56. §. pen. ff. de furt. l. 146. ff. de R. J.* Ratio itaque est, quia promptius patri erat remedium ex interdicto, *de liberis exhibendis & ducendis.* Aut enim in furis manu erat filius surreptus, aut non erat. Si erat: cur maluisset pater condicere, quam vel ducere, vel ad exhibendum agere? Si non erat: frustra egisset ad præstandam æstimationem, quam liber homo non recipit. Hein.

Textus.

De re propria.

10. ***Aliquando etiam suæ rei furtum quis committit; veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.***

Notæ.

10. *Quam creditoris pignoris causa*) *L. 11. §. 2. d. l. 19. §. pen. l. 79. de furt.* Minus autem propriè hìc dicitur debitor rei suæ furtum facere, cùm eatenus tantùm faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertit. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. Paul. 2. *sent.* 31. Arist. 5. *Eth. ult.*

Commentarius.

QUi rem pignori dat, eamque surripit, furti actione creditori tenetur, *l. itaque 12. §. 2. l. in actione 19. §. pen. l. si debitor. 79. l. creditor. 87. hoc tit.* Furtum autem rei pigneratæ dominus non tantum tunc facere videtur, cùm possidenti sive tenenti creditori aufert; verùm & si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pignoratam vendiderit: nam & hìc furtum eum facere, sæpissimè responsum est, *d. l. in actione 19. §. ult. l. si is qui 66. in pr. eod. l. 6. C. pro emp.* Cæterum minus propriè hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cùm eatenus tantùm faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertere conatur. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. Paul. 2. *sent.* 21. Arist. 5. *Eth. ult.* Neque hæc species ad rigorem nostri temporis pertinet.

Textus.

Qui tenentur furti. De eo cujus ope, consilio, furtum factum est.

11. ***Interdum quoque furti tenetur, qui ipse furtum non fecit; qualis est is, cujus ope & consilio furtum factum est. In quo numero est, qui*** tibi

tibi nummos excusſit, ut alius eos raperet; aut tibi obſtiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres ſcripſerunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed ſi quid eorum per laſciviam & non data opera, ut furtum admitteretur, factum eſt, in factum actio dari debet. At ubi ope Mevii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope & conſilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui ſcalas fortè feneſtris ſupponit, aut ipſas feneſtras vel oſtium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut ſcalas, ut feneſtris ſupponerentur, commodaverit, ſciens, cujus rei gratia commodaverit. Certè qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, ſed tantùm conſilium dedit, atque hortatus eſt ad furtum faciendum, non tenetur furti.

NOTÆ.

11. *Ut alius eos raperet*) Dummodo & rapuerit: nam ſi nummi perierint, & ad neminem pervenerint, damni injuriæ actio datur, *d. l. 27. §. 21. ad leg. Aq.*

In factum actio dari debet) *D. l. 50. §. ultim.* prætoria ſcilicet, aut ſi pecora præcipitata ſunt, in factum civilis, ſive utilis actio damni injuriæ quaſi ex lege Aquilia, *d. l. 27. §. 21. ad leg. Aq. l. 51. de furt.*

Vel ipſas feneſtras, &c.) *L. 50. §. pen. l. 54. §. pen. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Verba*, ope & conſilio, *ſeparatione accipienda an conjunctim?*

2 *Explicatur homonymia verbi* conſilium, *& effectus ſecundum ſingula ſignificantia indicantur. & num. 3.*

Nonnumquam & ille furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit, id eſt, rem ipſe non contrectavit; veluti is, cujus ope, conſilio, furtum factum eſt; in quem prodita eſt hæc formula, *ope, conſilio tuo, furtum factum eſſe ajo, l. ſi ſervus 27. §. ſi quis 21. ad l. Aquil.*

1 Illud ſatis expeditum non eſt, verba hæc, *ope, conſilio*, ſeparatim accipienda ſint, an conjunctim. Nam Paulus reſpondet, ſeparatim accipienda, idque convenienter ſententiæ Labeonis, quod aliud ſit factum ejus, qui ope, aliud ejus, qui conſilio furtum facit, *l. ſæpe 53. §. ult. de verb. ſign.* Idem quoque Ulpianus non obſcurè indicat *l. ſi quis 52. in pr. & §. neque verba 19. hoc tit.* ibi, *opem ferre, vel conſilium dare* & clarius in *l. 6. de condict. furt.* qui etiam alibi hæc ſic diſtinguit: *Conſilium*, inquit, *dare videtur, qui perſuadet & impellit, atque inſtruit conſilio ad furtum faciendum. Opem fert, qui miniſterium atque adjutorium ad furripiendas res præbet, l. in furti 50. §. pen. hoc tit.* Secundum quæ actione furti tenebitur non ſolùm cujus ope & conſilio ſimul furtum factum eſt; ſed etiam is, qui vel conſilium tantùm dedit, vel tantùm opem tulit, *d. l. 6. de cond. furt.* Verùm ex adverſo conjunctim potius utrumque factum accipiendum eſſe, neque alterum abſque altero furti quempiam obſtringere, multis locis ſignificari videtur, uti in *l. qui ſervo 36. in fin. pr. l. in furti 50. §. 1. hoc tit. l. ſi ſervus 27. §. ſi quis 21. ad leg. Aquil.* atque ab ipſo adeo Paulo in *d. l. ſæpe 53. §. ult. de verb. ſign.* cum ait: poſt veterum auctoritatem eo perventum eſſe, *ut nemo ope videatur feciſſe, niſi & conſilium malignum habuerit, nec conſilium habuiſſe noceat, niſi & factum ſecutum fuerit.* Denique hoc ipſo loco in calce §. noſtri, ait Imperator, furti non teneri eum, qui tantùm conſilium dedit atque hortatus eſt ad furtum faciendum. Sic ſentio, utrumque factum ſeorſum ad obligationem furti ſufficere, vel inquam conſilium dare, vel opem ferre: neque enim ex eo, quod hæc verba, *ope, conſilio*, ſæpè conjunctim proponuntur, aut in hypotheſi utrumque factum concurrit, protinus ſequitur: furti non aliter agi poſſe, quàm ſi utrumque concurrat: neque ea aut Pauli in *d. l. ſæpè 53.* aut Juſtiniani hoc §. ſententia eſt, ut planum fiet explicata homonymia, quæ eſt in verbo *conſilium*. Triplex verò hujus verbi in re propoſita uſurpatio eſt. Nam aliquando generaliter verbo conſilii ſignificatur mali- 2 tioſum propoſitum, ſeu animus doloſus: quo ſenſu nemo dici poteſt ope furtum facere ſine conſilio, *l. in furti 50. §. 2. l. ſi pignore 54. §. pen. hoc tit.* verbi gratia, qui furi ſcalas commodavit, ignorans cujus rei gratia commodato peterentur, furti non tenetur: atque hoc eſt, quod ſibi vult Juriſconſultus *d. l. ſæpè 53. in fin. de verb. ſign.* Nonnumquam conſilium uſurpatur pro ſimplici ſuaſione ſeu monitione, veluti ſi quis de paupertate conquerentem hortetur, ut furto ſibi pecuniam quærat: cujuſmodi ſimplex conſilium furti neminem obligat, quantumvis furtum ſecutum ſit; quod ſignificat Juſtinianus in fine hujus text. Tertio conſilium ſtrictius accipitur, ut ſit idem, quod perſuaſio, impulſio, ſimulque inſtructio ad furtum faciendum; quale eſt, exempli cauſa, ſi quis furti rationem penetrandi in ædes, locumve, ubi pecunia repoſita eſt, commonſtret: in quo ſignificatu conſilium opponitur operæ, quæ actum proximè ad furtum directum, auxiliumque, quod in ipſo furto præſtatur, deſignat, *d. l. in furti 50. §. pen.*

Hæc

Hæc consilii species, etsi nullum porro ministerium seu opera accedat, consulentem obligat; utique si alter consilium datum secutus furtum commiserit: nam si ille relicto consilio à furto abstinuerit, verius est, nec eum, qui tale consilium dedit, furti obstringi, *arg. l. qui servo 36. pr. l. si quis 52. §. neque 19. hoc tit. d. l. sæpe 53. §. 1. in fin. de verb. sign.* quo loco, quod notandum est, Jurisconsultus primum voce consilii intelligit malignum propositum & scientiam opem ferentis, mox persuasionem atque instructionem ad furtum faciendum; uti & in *pr. ejusd.* §. 1.

Qui tibi nummos excussit, &c.) *L. si quis 52. §. si quis 13. hoc tit.* Sabinus hoc casu etiam in factum dari posse actionem ait, *l. si servus 27. §. si quis 21. ad leg. Aquil.* Idem Sabinus apud Gellium *lib. 11. cap.* 18. refert, furem esse hominis judicatum, qui cùm fugitivus præter oculos domini forte iter, obtentu togæ tamquam se amiciens, ne videretur à domino, obstitisset.

Qui panno rubro) *L. in furti 50. §. ult. hoc t.* Tauros & boves rubicundi coloris aspectu excitari & furorem eis acui, scribit Seneca *lib. 3. de ira, cap.* 30. Ovid. 12. *Metam.* eoque alludit Cicero *lib. 2. de divin. cap.* 16. cùm quærit an taurus is, cujus cor in sacrificio non erat inventum conspecta Cæsaris purpura sic expaverit, & terrore exanimatus sit, ut repente cor amiserit?

Per lasciviam) Si quis non furti faciendi causa, sed per petulantiam quid eorum, quæ dicta sunt, fecerit, non actione furti, sed in factum tenetur, *d. l. in furti 50. §. ult.* Quod si res ita perierit, ne ad aliquem perveniret, utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia datur: neque hic distinguitur, furti faciendi animo, an per lasciviam quid factum fuerit, *l. si servus 27. §. si quis 21. ad leg. Aquil. l. nam & 51. hoc tit.*

Qui scalas fenestris supposuit) Qui vel ostium effregerit, vel ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam supposuerit, vel sciens commodaverit ad adscendendum, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur, *l. si pignore 54. §. pen. hoc tit.* Vinn. Si ergo furti tenetur, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit; manifestum sanè est, non conjunctim opem & consilium in jure nostro requiri, sed alterutrum sufficere ad instituendam actionem furti. Vid. Em. Merill. *Obs.* 11. 39. Bachov. *ad Treutlerum. Vol. 2. disp. 30. p. 315. seq.* Concidunt itaque quæ in contrarium adferunt Jul. Pac. ἰσαγωγ. IV. 25. Donell. *Comm. XV.* 29. Hein.

Tantùm consilium dedit atque hortatus est) Quod ante diximus, ob simplex consilium aut hortationem ad furtum faciendum furti actionem non dari, etiamsi furtum secutum fuerit, id verum esse, perspicuè ostendit hic noster textus, quem proinde malè nonnulli sic limitant, nisi furtum fuerit secutum: nam si furtum secutum non sit, nec is, qui furem consilio instruxit, aut instrumenta ad furtum faciendum sciens commodavit, furti tenetur: quippe ubi nulla contrectatio intervenit, furtum intelligi non potest. Hodie in universum mitius, quàm fures, puniuntur, quorum ope, consilio, furtum factum est. Neque enim in caput aut corpus eorum sævitur, nisi in ipso actu furandi auxilium furibus præstiterint, ut hìc docent interpretes.

Textus.

De his, qui sunt in potestate. Et de ope ac consilio extranei.

12. *Hi, qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis surripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si verò ope & consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur: quia verum est, ope & consilio ejus furtum factum esse.*

Notæ.

12. *Sed furti actio non nascitur*) Quia pater & dominus privatæ animadversionis jus habent, *l. 17. de furt.* vel quia non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus, *l. 16. cod.* nisi filius habeat castrense peculium, *l. 4. de judic. l. 52. §. 5. de furt.*

Commentarius.

1. *Cum servi & filii furtum nobis facientes furti non teneantur?*
2. *Quid si filius castrense peculium habens patri furtum fecerit, aut pater illi?*
3. *Furtorum domesticorum coercitio vetus & hodierna.*

Servi & filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur. Cujus rei duplex affertur ratio: tum quod do- 1

minus & pater in servum & filium privatæ animadversionis jus habent, *l. servi* 17. *hoc tit.* qua eadem ratione placet, nec libertum patrono, nec mercenarium patrif. furtum facientes actione furti conveniri posse, *l. si libertus* 89. *eod.* tum quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus, *l. nec cum* 16. *eod.* Et domino quidem nulla umquam cum servo actio esse potest; at potest aliquando patri lis esse cum filio, quem in potestate habet, nempe si filius castrense habeat peculium, atque ex ea causa conveniatur, *l. 4. de judic.* Quid ergo 2 si filius castrense peculium habens furtum patri fecerit; Defendi potest, utili actione eum teneri, cùm habeat, unde satisfaciat, *l. si quis* 52. §. *sed si* 5. *hoc tit.* Ex converso quoque si pater rem castrensis peculii filii subtraxerit, furti patrem teneri, responsum est, *d. l.* 52. §. *an autem* 6. quod tamen, ut rectè plerique monent, accipiendum erit de utili in factum actione: neque enim ulla actio famosa, qualis est furti, filio adversus patrem datur, *l.* 5. *de obseq. par. præst.* VINN. Sed quæ ratio adversus libertos, clientes, mercenarios furti agere vetuit? Non satisfaeit sanè, quod adfert Vinnius, patronum hubuisse jus coercendi. Nam nec id expeditum est, & saltim, quod ad clientes & mercenarios, falsissimum. Ratio itaque unicè in eo quærenda videtur, quod hujusmodi furtum esset domesticum, adeoque mitius videretur puniendum, *l.* 11. §. 1. *ff. de pœn.* Quamvis veró ea lex de criminali persequutione loquatur, eadem tamen ratio etiam vetare potuit, quominus famosa actione pulsari potuerint. Sufficit ergo & hìc actio in factum. HEIN.

Si vero ope & consilio) *L. qui servo* 36. §. 1. *hoc tit.* Et hoc quoque consequens est ei, quod dixit verè in proposito furtum fieri. Pari ratione si quis uxori res mariti subtrahenti opem consiliumve accommodaverit, furti tenetur, etsi illa non tenetur, sed rerum amotarum, *d. l. si quis* 52. *pr.* junct. *l.* 1. & 2. *de act. rer.* 3 *amot.* Furta domestica, puta famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licet graviorem pœnam, quàm alia mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi; tamen leges, præsertim si viliora sunt, publicè ea vindicari vetant, *l. perspiciendum* 11. §. 1. *de pœn.* nimirum quoniam antiquitus coercitio eorum permissa erat ipsi patrif. Sed quoniam privata illa emendatio hodie ab usu recessit, non minus severè hæc, quàm cætera furta publicè nunc vindicanda censeo cum D. Tuldeno *comm. hic*, *cap.* 3. *in fin.* add. Groenevv. *ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

Quibus datur actio furti.

13. *Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus interfit rem non perire.*

COMMENTARIUS.

1 *Temperatio regulæ à Justiniano hic traditæ.*
2 *Remotio eorum, quæ huic loco obstare videntur.*

Docet hìc Justinianus, cui competat actio furti, & primum generaliter definit, actionem hanc competere omnibus, quorum interest, furtum factum non esse; mox quasi hoc amplians subjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non sit, cui res surrepta est, denique nec ipsi domino aliter furti actionem competere, quàm si ejus intersit rem salvam esse: quæ omnia indigent explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa sic temperanda est, si intersit ex honesta, *l.* 10. *cum seq. hoc tit.* Neque enim furti aut malæ fidei possessori, quamvis eorum intersit rem non surripi, actio furti datur: cùm nemo ex improbitate sua actionem consequi debeat, *l. itaque* 1. §. 1. *l. eum qui* 14. §. 3. & 4. *l. qui re* 76. §. 1. *eod.* Ab Ulpiano tamen unus casus profertur, quo fur furti agere potest, *l. qui vas* 48. §. *si ego* 4. *eod.* Illud in universum hìc tenendum, sufficere ad actionem furti, quod tunc interfuit, cùm furtum fieret, licet eo tempore, quo agitur, non amplius intersit, ut docet Jurisconsultus, *l. inter omnes* 46. *in pr. eod.* Quod verò addit Justinianus, *licet dominus non sit*, ei multa obstare videntur. Primum quod emptori, cui res nondum tradita est, actio furti denegatur solùm ob hoc, quod dominus non est, §. 3. *de empt. d. l.* 14. *in pr.* junct. *l. si vendidero* 80. *hoc tit.* cùm tamen constet, emptoris etiam hìc interesse, quippe ad quem perfecta emptione, licet res nondum tradita sit, omne damnum pertineat, *d.* §. 3. *de emp.* Deinde etsi creditoris interest habere idoneum debitorem, scribit tamen Cajus, creditorem ob rem debitoris surreptam furti agere non posse, quamvis aliunde creditum servare nequeat, *l. interdum* 46. *hoc tit.* Denique traditum est, nec eum, cui ex stipulatu vel testamento res aliqua debetur, ea surrepta actionem furti habere, quamvis ejus intersit, *l. is cujus* 85. *in fin. eod.* Cæterum ad hæc respon-

de-

demus, quod dicitur actionem furti dari iis, quorum interest, etsi domini non sunt, id non pertinere ad omnes, quorum quolibet modo interest, rem salvam esse, aut non surripi; sed ad eos dumtaxat, quorum culpa res surrepta est, cùm ea ex voluntare domini suo periculo tenerent, veluti ex causa commodati, locati, pignorisve accepti, *d. l. 14. §. an* 3 *pater. 10. & multis seqq. hoc tit.* Atque hoc perspicuè etiam docet Paulus *d. l. is cujus. 85. in pr. eod.* Postremo quod Justinianus ait, nec domino actionem furti competere, nisi intersit rem non perire, in eo respicit ad casus jam dictos, & qui tractantur §§. *proximè seqq.* quibus scilicet dominus actionem ex contractu ad rem ejusve æstimationem consequendam adversus alios habet. Nam extra hujusmodi casus solum dominium vicem obtinet ejus, quod interest, ut ostendit *l. si vendidero. 80. pr. hoc tit.* ubi venditori, re ante traditionem surrepta, actionem furti competere. Papinianus scribit, quoniam ejus intersit duplici de causa, vel ideo, quod adhuc dominus est, vel quia ad præstandas actiones tenetur. Vinn. Regula haud paullo accurativè dari videtur in *l. 71. fin. ff. de furt. Interesse ejus videtur, qui damnum passurus, non ejus, qui lucrum facturus est.* Casus à Vinnio adlati huc non pertinent, quia emptor, creditor, legatarius rem furto ablatam ne naturaliter quidem possederunt. Hein.

Textus.

De pignore surrepto Creditori.

14. *Unde constat, creditorem de pignore surrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quàm in personam agere; adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem surripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.*

Notæ.

14. *Pignori potius incumbere*) *L. 25. de reg. jur.* Unde etiam creditori actio furti competit, etiamsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *d. l. 12. §. ult.* adeoque licet ipse debitor rem surripuerit, *§. 10. sup. eod.*

Commentarius.

1 *Quibus de causis creditori in proposito actio furti detur: & quid intersit, adversus dominum, an extraneum experiatur?*

In numero eorum, quorum interest rem non surripi, & qui ex ea causa furti actionem habent, quamvis non sint domini, in primis creditor est, non quidem si surrepta sit res quævis debitoris, sed si ea, quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipse eam surripuerit, an extraneus, *l. itaque 12. §. ult. l. eum qui. 14. §. 5. & 6. & §. qualis. 16. l. in actione 19. §. pen. & ult. l. interdum 49. hoc tit.* Duplici verò respectu ac ratione hic interest 1 creditoris, actioque furti ei datur: tum quia ad rem, si culpa ejus surrepta est, restituendam tenetur actione pigneratitia, *d. l. eum qui. 14. §. idem scribit. 6.* tum quia etiamsi culpa ejus non intervenerit, tamen alia de causa adhuc ejus interest: quoniam expedit ei, pignori potius incumbere, quàm in personam agere, juxta *l. plus cautionis. 25. de reg. jur.* Itaque creditori omnimodo furti actio competit, nimirum etsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *d. l. itaque 12. §. ult.* eoque amplius licet ipse debitor rem surripuerit; de quo dictum *sup. §. aliquando 10.* Quamvis autem in proposito creditori æquè adversus dominum atque extraneum actio furti detur; tamen hoc interest, quod creditori contra extraneum agenti duplatur æstimatio ipsius pignoris: agenti verò contra dominum summa pecuniæ debitæ cum usuris, *l. creditori. 87. eod.* Item quod priore casu quicquid percepit creditor, debito imputare, & quod excedit, restituere teneatur: posteriore, quod ipse debitor furti actione præstitit, creditoris lucro cedat, *l. si pignore 22. de pign. act. l. 12. §. 1. de distr. pignor. l. creditor. 15. pr. hoc tit.*

Textus.

De re fulloni, vel sarcinatori, vel bon. fid. emptori surrepta.

15. *Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non perire, cùm judicio locati à fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bonæ fidei emptori surrepta re, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni verò & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quàm si solvendo fuerint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum consequi non possit, ipsi domino furti competit actio: quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse. Idem est & si in parte solvendo fuerit fullo aut sarcinator.*

Commentarius.

1 *Discrimen circa actionem furti inter fullonem &*

& cæteros conductores, item creditorem.
2 *Cur bonæ fidei emptoris dumtaxat hic fiat mentio?*

Etiam is, qui conduxit, furti actionem habet, sed ita, si culpa ejus res surrepta sit, *l. eum qui.* 14. §. *quod si.* 12. *hoc tit.* nam tunc etiam conductoris interest rem non surripi, propterea quod judicio locati tenetur in rei æstimationem: neque, ut creditor, restituere cogitur, quod actione furti consecutus est, *l. 6. locat.* At si sine culpa conductori res surripiatur, solus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc solius interest, actione locati eo casu deficiente, *d. l. eum qui.* 14. §. *idem scribit.* 6. Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, §. *seq. l. itaque* 12. *pr. eod.* id est, fullo furti actionem habet, etiam si sine culpa ejus res furto amissa sit, modo ne casu, quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alii conductores, levem tantùm culpam præstat, sed ut illi, qui operam offerunt etiam levissimam, seu ut nostri loquuntur, & culpam & diligentiam. De sartore idem habendum; repete quæ notavimus *sup. ad* §. *pen. de locat.*

Bonæ fidei emptori surrepta, quam emerit) Atque emptam ab eo, quem dominum esse putabat, acceperit: nam antequam res tradita est, furti actio emptori non competit, *d. l.* 14. *pr. h. t.* Consulto autem bonæ fidei emptoris tantùm hìc fit mentio: quoniam ei, qui titulo lucrativo possidet, placet furti actionem non dari: cùm non ejus, qui lucrum facturus, sed qui damnum passurus est, interesse videatur, *l. ejus rei.* 71. §. 1. *eodem.* Hinc igitur temperanda *d. l. itaque.* 2. §. 1. *hoc tit.*

Omnino competit) In aliis est, *omnimodo*, nempe sive solvendo sit bonæ fidei emptor, sive non sit: Cujac. nam emptoris semper interest propter pretium, quod ei abest. In fullone autem & sartore id secus esse, mox docetur. Quanta igitur hìc æstimatio facienda? Responsum est, si dominus cum bonæ fidei emptore concurrat, emptori duplo, quanti ejus interest, æstimari, domino autem duplo, quanti res est, *l. furtivam* 74. *hoc tit.* Putarem autem, non concurrente domino, emptori ipsius pretium rei duplari.

Non aliter, quàm si solvendo) Fulloni & sarcinatori cæterisque conductoribus actio furti non aliter competit, quàm si solvendo sint. Nam, ut Ulpianus ait, qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil est, *d. l. itaque* 12. *eod.* Solvendo autem esse nemo intelligitur, nisi qui solidum solvere potest, *l. solvendo* 114. *de verb. sign.*

TEXTUS.

De re commodata.

16. *Quæ de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, qui commodata res est, transferenda veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo, custodiam præstat, ita is quoque, qui commodatum utendi causa accepit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum, qui rem surripuit; & alter utra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem: sed siquidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem; eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem. Ita tamen, si dominus sciens rem esse surreptam, adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nescius & dubitans rem esse surreptam, apud eum commodati actionem instituerit, postea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire, tunc licentia ei concedatur & adversus furem venire, obstaculo nullo ei opponendo: quoniam incertus constitutus movit adversus eum, qui rem utendam accipit, commodati actionem; nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem à domino quidem furti actione liberari; suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: quum manifestissimum sit, etiamsi ab initio dominus actionem comomdati instituerit, ignarus rem esse surreptam, postea autem hoc ei cognito, adversus furem transierit, omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinuente, sive in parte, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam acceperit.*

NOTÆ.

16. *In nostris decisionibus*) Scriptæ sunt à Justiniano post priorem Codicis editionem 50. leges, quas decisiones appellavit, propterea quod maximas quasque veterum controversias dirimunt. Harum una est, quam hic significat, *l. ult. C. de furt.* cujus hæc est summa. Dat in proposito Justinianus domino optionem, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti age-

agere posfit. Cæterum electione femel facta, non liceat variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factum solutionem. Electo fure, ut commodatarius liberetur, commodatario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

Rem esse surreptam, &c.) Cujac. *rem non esse subreptam apud eum, commodati actionem*, &c. & ita legitur in *d. l. ult.*

Quemcumque exitum dominus habuerit) Id est, five contra furem agens vicerit, five victus sit, aut fur non fuerit solvendo. Theoph.

COMMENTARIUS.

HOc admisso, furti actionem competere omnibus, quorum periculo res alienæ sunt, etiam commodatario surrepta re commodata eadem actio danda fuit; quippe ad quem periculum illud vel magis pertinet, quàm ad creditorem pigneratitium aut simplicem conductorem; cùm hic culpam dumtaxat levem, ille etiam levissimam præstet. *l. 5. §. 2. commod. §. 2. sup. quib. mod. re contr. obligat.* unde commodatarius in eadem causa cum fullone hic ponitur. Atque hoc etiam constanter à veteribus traditum est, *d. l. 5. in fin. & 2. ll. seqq. commod. l. eum qui. 14. §. si res. 14. cum §§. seqq. hoc tit. l. si uxori. 28. rer. amot.* quod tamen ab iis si acceptum fuit, si commodatarius solvendo esset, *arg. l. itaque. 12. pr. hoc tit.* Justiniano autem visum est, non debere commodatario, qui gratuitum usum habet, idem jus hic concedi, quod illis tribuitur, qui pro usu rei mercedem præstant, aut pro mercede operam. Cùmque inter veteres non satis convenerit, an si furti tempore commodatarius solvendo esset, postea verò fortunis exueretur, actio furti ad dominum migraret, necne; tum etiam utri danda foret actio, domino ne, an commodatario, si hic ex parte tantùm solvendo esse comperiretur; hanc simul contentionem sustulit. Itaque optionem actionis dedit domino, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere posset. Cæterum electione semel facta, non liceret variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem: electo fure, ut commodatarius liberaretur; commodatario electo, huic ut fur obnoxius fieret, *l. ult. C. hoc. tit.*

TEXTUS.

De re deposita.

17. *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantùm in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de causa, si res ei surrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id cujus interest rem salvam esse, furti agere non potest; sed furti actio domino competit.*

NOTÆ.

17. *Furti agere non potest*) Nisi convenerit, ut culpam quoque præstet, §. *pen. tit. seq.* aut se deposito obtulerit, *arg. l. 1. §. 35. depos.*

COMMENTARIUS.

1 *Probatur D. Cujacii interpunctio l. 2. §. 23. & 24. vi bon. rapt.*

RE deposita surrepta placet, domino, non depositario, actionem furti dari, *l. eum qui. 14. §. 3. hoc tit.* Et merito placet: neque enim interest depositarii, rem non surripi, qui præter fidem nihil præstat, §. *pen. sup. quib. mod. re cont. oblig.* Quod si dolo ejus furtum factum sit, jam quidem ejus interest, quia tenetur actione depositi: sed nihilo magis actionem furti habet; quoniam nemo ex dolo & improbitate sua actionem consequitur, *l. itaque 12. §. 1. d. l. eum qui. 14. §. 3. h. t.* Quid verò si convenerit, ut culpam quoque præstet? aut quid si deposito se obstulit, pretiumve depositionis, quasi honorarium, acceperit? Ratio juris postulare videtur, ut hic ipsi depositario actionem furti demus, eo quod his casibus rem suo periculo tenet, *d. l. eum qui. 14. §. qualis. 16. eodem. §. furti. 13. sup. eod.* cùmque id etiam satis manifestè evincat §. *pen. tit. seq.* omnino verum esse existimo, quod Cujac. ibi notat, locum Ulp. in *d. l. 2. §. & generaliter. 23. & seq. 24. vi bon. rapt.* mendosum esse; nimirum perperam principium *d. §. 24.* separari à fine §. præcedentis, cum quo jungendum erat, & sic legendum: *Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem, accepi*: hinc demum novum §. inchoandum; *Utilius dicendum est*, &c. 1

TEXTUS.

An impubes furti teneatur.

18. *In summa sciendum est, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex impuberibus solos pubertati proximos delicti & pœnæ capaces esse.* 2 *Quæ*

2 *Quæ concurrere debeant, ut impuberes pœnam ex delicto sustineant?*
3 *Capite plectendos non esse, nec legibus de adulteriis teneri.*

1 QUod hic traditur, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furti obligetur, id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæsitum est. Et quoniam maleficia ex voluntate & proposito delinquendi æstimantur, *l. qui injuriæ.* 53. *hoc tit. cap. illud relatum.* 15. *q.* 1. non possunt videri delinquere, ac proinde nec pœnis legum delicta vindicantium obnoxii esse debent infantes, *l. impuberem* 23. *hoc tit. l.* 5. §. *penult. ad leg. Aquil. l. infans.* 12. *ad leg. Corn. de sicar. Clem. un. de homicid.* Sed nec infantiæ proximi: quippe quos non minus, quàm infantes, innocentia consilii tueri debet, *arg.* §. *pupillus.* 9. *sup. de inut. stip.* Gomez. 3. *resol.* 1. *num.* 57. quod certius apparebit ex sequentibus. Sed in ætatem pubertati proximam cui dolus & culpam cadere potest, ita & impuberes, qui hujus ætatis sunt & doli capaces, delinquere possunt, & ad pœnam ex delictis obligantur, *hoc text. l. pupillum.* 111. *de reg. jur. l. impuberem.* 13. *hoc tit. l.* 2. §. 19. *vi bonorum rapt. l.* 5. §. *penult. ad leg. Aquil. l. excipiuntur* 14. *de senat. Silan. leg.* 3. §. 1. *de sepulchr. viol. cap.* 1. *x*. *de delict. puer.* Duo verò hæc concurrere debent, ut impuberes infantiam egressi ex delicto pœnam sustineant; ut non procul adsint à pubertate; ut doli sint capaces: nam hoc ex illo non præsumitur, ut rectè docet Boer. *in add. ad Decium in l. fere.* 108. *de reg. jur.* Atque huc accommodari potest locus Apuleji *apol.* 2. ubi in hujusmodi pueros his verbis declamat: *Sed enim malitia præcoci puerum quis non aversetur atque oderit? cùm videat velut monstrum quoddam prius robustum scelere quàm tempore, ante nocentem quàm potentem, viridi pueritia, cana malitia? vel potius hoc magis noxium, quod cum venia perniciosus est: & nondum cœnæ, jam injuriæ sufficit.* Sed & delictum tale esse debet, quod in facto, non in omissione aut nuda negligentia consistat, *l.* 2. *C. si adv. del.* Gomez. *d. resol. n.* 59. item quod jus commune seu naturale violet, non merum civile aut positivum, *cap.* 3 2. *x*. *de del. puer.* Postremo ut hæc concurrant, tamen puerum pœna capitali, quamvis grave crimen admiserit, plectendum non esse, sed mitiore, quæ intra supplicium mortis consistat, censent interpretes. Gomez. *d. loc. n.* 63. quippe mobilem adhuc & incerti tenoris animum non nisi in emendationem puniri debere ac proinde etiam sine amputatione membri. Clar. §. *ult. quæst.* 60. quamquam alii judicis arbitrio hoc committunt: quod in adultis minoribus 25. annis facilius admiserim, per *l. auxilium* 37. §. 1. *de minor.* Gomez. *d. loc. n.* 62. *& seq.* Illud generaliter tenendum, impuberem, quamtumvis pubertati proximum, non teneri legibus, quæ adulteria aut stupra, aliave carnis delicta puniunt, *l. si minor.* 36. *ad leg. Jul. de adult.* Gomez. *d. resolut. num.* 59. ubi refellit eos, qui excipiunt impuberem præcoci in Venerem vigore. Quod enim Canones circa matrimonium favorabiliter constituerunt *cap. fin. de despons. impuber.* id transferendum non esse ad exacerbandas pœnas juris civilis. Add. D. Tulden. *in C. si adv. del. & comm. hic. cap.* 6.

TEXTUS.

Qui veniat in hanc actionem: Et de affinibus actionibus.

19. *Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantùm ad pœnæ persecutionem pertinet: Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possideat, sive alius quilibet. Condictio autem adversus furem ipsum, hæredemve ejus, licet non possideat, competit.*

NOTÆ.

19. *Tantùm ad pœnæ persecutionem*) §. *inf. de act. l.* 7. §. 1. *de cond. furt.* Potest & criminaliter furti agi ad pœnam corporalem furi infligendam, *l. ult. de furt.*

Furem hæredemve ejus) Quia conditio furtiva rei habet persecutionem, *l.* 7. §. 2. *de cond. furt.* At furti actio in hæredem non datur, quia pœnalis est ex maleficio: cujusmodi actiones in hæredem non dantur, nisi lis cum defuncto contestata fuerit, §. 1. *inf. de perp. & temp. act.*

COMMENTARIUS.

1 *An furti actio civilis concurrat cum criminali?*
2 *Vindicatio & conditio rei furtivæ cur soli domino competant?*
3 *Adversus quos hæ actiones dentur?*
4 *Cur conditio in hæredem detur, cùm actio furti non detur?*
5 *An hæredes conditione furtiva teneatur in solidum?*

ACtio furti sive manifesti sive nec manifesti merè pœnalis est, id est, solius pœnæ persecutionem continet, ita ut extra duplum aut

aut quadruplum adhuc res ipsa restituenda sit, §. *ex maleficiis* 18. *inf. de action.* Estque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita, vindicatio, & conditio, quarum altera quidem alterius electione consumitur, sed neutra earum consumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus salva est furti actio, *l. si pignore* 54. §. *cum furti* 3. *hoc tit. l.* 7. §. 1. *de condict. furt.* Illud quæritur, an is, qui furti civiliter egit, & pœnam consecutus est, possit adhuc extra ordinem criminaliter agere ad pœnam corporalem furti infligendam? Et verius est, non posse sed altero judicio alterum consumi, *l. interdum* 56. §. 1. *hoc tit.* Neque obstat, *l. unic. C. quand. civil. action. crim. præjud.* Nam regula *d. l. unic.* pertinet ad actiones civiles rei persecutorias, cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt: item ad publica judicia, quæ omnibus patent, & concurrunt cum ex eodem facto pœnalibus civilibus, vid. Cujac. 20. *observ.* 26. Besold. *ad tit. de furt. quæst.* 7. diss. Gomez. 3. *resol.* 5. *n.* 4. add. Christin. *vol.* 4. *decis.* 201. Illud certum est, pœnam corporalem non impedire, quominus fur hæresve ejus ad rem restituendam efficaciter conveniri possint. Besold. *quæst.* 7.

Habet dominus) Furti actio datur omnibus, quorum interest furtum factum non esse, §. *furti* 13. *sup.* At rei furtivæ persecutio soli domino competit, sive de vindicta quæratur, sive de condictione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure domini dumtaxat datur, *d.* §. *ex maleficiis* 18. *inf. de action. l.* 1. *l.* 10. §. *ultim. de condict. furt.* Quod solus dominus rem surreptam vindicare potest, mirum non est, cum nemo actionem in rem habeat, nisi qui dominus sit, *l. in rem* 23. *de rei vind. l. act.* 25. *de obl. & act.* §. 1. *infr. de act.* Quod autem domino adversus furem datur etiam condictio rei, id contra rationem juris receptum est odio furtum. Nam regulariter suam rem nemo condicere potest, *l. ult. in fin. usufr. quem cav.* §. *itaque* 14. *infr. de action.* Sed cur non datur ei, cujus interest, etsi dominus non sit? Quoniam ejus solius est rem repetere, cujus ea prius fuit. Non fuit autem, nisi domini. Vinn. Datur tamen condictio furtiva etiam bonæ fidei possessori, *l.* 136. *ff. de R. J.* tutori si pupillo quid surreptum, *l.* 56. §. *pen. ff. de furt.* & denique fructuario perceptis jam fructibus, *l.* 2. §. 5. *ff. de usufr.* Hein.

Rei vindicatio adversus possessorem) Quemcumque, sive fur sit, qui possideat, sive alius: nam in rem actio semper adversus eum est, qui rem possidet, *l. actionum* 25. *de oblig. & action.* §. 1. *inf. de action.*

Adversus furem) Condictione furtiva numquam alius tenetur, quàm fur ipse hæresve ejus, *hoc text.* 5. *l. de cond. furt.* Furem autem verum accipimus, id est, eum, qui ipse furtum fecit & rem contrectavit, *d. l.* 5. nam is, cujus ope consiliove furtum factum est, tenetur quidem etiam furti, sed quia rem non contrectavit, non tenetur condictione, *l.* 6. *de condict. furt.* Planè si res aliter adversus furem salva esse non potest, placet, etiam eum, qui opem tulit, condictione teneri, nimirum in subsidium, *l. sæpe* 53. §. *ult. de verb signif. & ibi* Alciat.

Hæredemve ejus, licet non possideat) Rei vindicatio adversus omnes competit, qui rem possident, sed adversus eos solos. Itaque nec adversus furem hæredemve ejus aliter competit, quam si possideant. Condictio autem furtiva etiam in eum datur, qui non possidet, sed adversus furem tantùm hæredemve ejus, *hoc text. l.* 1. *de cond. furt. l.* 1. *de priv. delict.* Quod conditio etiam in hæredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam constat in hæredem non transire, nisi lis cum defuncto contestata sit, §. 1. *infr. de perp. & tempor. action.* Cur verò tam variè? neque enim minus condictio rei furtivæ ex causa maleficii descendit, quàm actio furti, *l.* 2. *l.* 3. *l.* 5. *& l.* 9. *de cond. furt. l. si ambo* 10. §. 2. *de compens. l.* 3. §. *pen. de pecul. l. mulier* 21. §. *pen. de act. rer. am. l. cessat* 36. *de oblig. & action.* Nimirum quia una rei persecutoria est, altera pœnalis; id est, quia condictio furtiva tantùm comparata est ad persequendum id, quod ex patrimonio nobis abest; furti actio ad puniendum ipsum maleficium, *l.* 7. §. 2. *de cond. furt.* junct. *d.* §. 1. *inf. de perp. & temp. action.* Sic enim legis Aquiliæ actio negatur in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, transitura utique, si ultra damnum datum lis numquam æstimaretur, §. *his autem* 9. *inf. de leg. Aquil.* Estque hujus rei etiam evidens hoc argumentum, quod regula de actionibus, quæ in hæredem non dantur, concepta est de iis, quæ pœnales sunt ex maleficio, *d.* §. 1. *inf. de perp. & temp. action. l. hac actio* 13. *de serv. corr. l.* 1. *de priv. del. l. sicuti* 38. *l. pœnalia* 164. *l. pupillum* 111. §. 1. *de reg. jur. & simil.* An igitur condictione ex causa furtiva tenebitur hæres furis in solidum? Sic sentio. Nam præterquam quod hoc disertè responsum est in *l.* 9. *de cond. furt.* moveor eo, quod numquam actio in hæredem absolutè dari dicitur, cùm non datur in solidum; cùm autem eatenus tantùm datur, quatenus ad eum per-

pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur, *d.* §. 1. *inf. de perp. & temp. act. d.* §. *his autem* 9. *inf. de leg. Aquil. l.* 5. *de calumn. l.* 1. *in fin. l.* 3. *de vi. l. hæredem* 26. *de dol. l.* 1. *de priv. del. l.* 2. §. *ult. vi bon. rapt. l. Julianus* 16. *de jud. l.* 13. *de serv. corr. l.* 9. §. 2. *quod fals. tut. l. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem* 8. *ad leg. Aquil. l.* 3. §. *pen. si mens. fals. mod. l. in honorariis* 35. *de oblig. & act. l. sicuti* 38. *l. pupillum* 111. §. 1. *de reg. jur.* & sexcentis aliis locis. Dicitur sanè, aliquando actiones ex delicto venientes in hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjiciuntur, pœnales, ut in *l. un. C. ex del. defunct.* Sed istæ definitiones, utpote ex eo, quod plurimum & fere semper fit, conceptæ, sic accipiendæ sunt, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, sive ad pœnam: atque hæc communis est DD. sententia. Dissent. Cujac. 7. *obs.* 37. & 13. *observ.* 39. Vultei. *hic.* Lyclam. 1. *memb.* 18. & *lib. Benedict. passim.* Quorum argumentis occurrimus sub §. 1. *inf. de perp. & temp. action.* Adde Ant. Fabr. 4. *conject.* 1. Donell. *ad d. l. un. C. ex del. defunct.*

TITULUS SECUNDUS.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 8. *C. Lib.* 9. *Tit.* 33.

Continuatio. Violentiæ varia genera, & de qua hic agitur.

Secunda species delicti privati rapina dicitur, inter quam & furtum hoc interest, quod furtum est clandestina rei alienæ ablatio; rapina violenta. Est verò hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis est adversus bonos mores, magisque turbat quietem publicam, quàm clandestina rerum amotio. Qua de causa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Julia de vi publica, & lege Julia de vi privata, *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Inscribit hic titulus *De vi bonorum raptorum.* Subaudi *actione.* Quod in quibusdam libris etiam exprimitur. Sciendum autem est, neque vim omnem unius esse generis, neque uno coerceri modo. Interpretes vulgo quintuplicem eam faciunt, *turbativam*, *inquietativam*, *compulsivam*, *expulsivam*, & *ablativam.* Nos inquietativam, quam vocant, sub turbativa comprehendimus. *Turbativa est*, cùm possessor in possessione manens impeditur re sua liberè uti, sive id fiat manu & corpore, sive opere facto: illic adversus turbantem comparata sunt interdicta duo, *uti possidetis* in rebus soli, *utrubi* in rebus mobilibus: hic interdictum *quod vi aut clam. Compulsiva* vis est, cùm quis minis justoque metu illato alium compellit ad aliquid gerendum, tradendum, aut alienandum: quæ vis edicto *quod metus causa* coercetur. *Expulsiva* est, cùm quis de possessione alicujus rei dejicitur: adversus quam comparatum est interdictum *unde vi.* Et præterea vindicatur hæc vis etiam sacris constitutionibus, item legibus Juliis de vi publica & privata, §. *recuperandæ* 6. *inf. de interd. Ablativa* vis, (de qua hic agitur) est quando per vim alicui res eripitur: quæ & ipsa iisdem legibus, quibus expulsiva, coercetur, *d. l.* 2. §. 1. *hoc tit.* & præterea ei, cui res erepta est, privata actio proposita vi bonorum raptorum: quæ sola hujus est loci. Justinianus primum originem hujus actionis commemorat: deinde quid in eam veniat, adversus quos, & quibus detur, ostendit.

TEXTUS.

Origo hujus actionis, & quid in eam veniat.

Qui vires alienas rapit, tenetur quidem etiam furti, (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque rectè dictum est, eum improbum furem esse) sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: *& est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quæ actio utilis est, etiamsi quis unam rem, licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest & rei persecutio; ut pœna tripli sit sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quàm qui clam amovet.*

NOTÆ.

Qui vi res alienas rapit) Fur sine vi subtrahit, & clam aufert, *l.* 59. *de furt. l.* 9. *C. eod.* raptor vi & palam diripit. Rapi enim sine vi non potest, *l.* 3. §. 5. *de incend. ruin.* Plant. *Epid.*

Epid. act. 1. scen. 1. Th. Minus jam furtificus sum quàm antebac. Ep. Quid ita? Th. Rapio propalam.

Tenetur etiam furti) Et quidem etiam in quadruplum, si in ipso delicto deprehensus sit, *l. 52. §. ult. l. 80. §. 3. de furt.* Alias in duplum, *l. 1. l. 88. eod.* quamquam vi bon. rapt. semper in quadruplum.

Ridiculum &c. levioris conditionis, &c.) Gravioris enim delicti asperior pœna esse debet. Sed & legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, legibus Juliis de vi publica & privata, *d. l. 2. §. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *An furti actione electa servetur eadem distinctio in rapina & pœna rapinæ, quæ in furto?*
2 *Quando levius ducitur, quod palam, quàm quod clam committitur?*

1 T*Enetur etiam furti*) An igitur furti actione electa eadem distinctio & in rapina & in pœna rapinæ servabitur, quæ in furto in specie sic dicto, ut scilicet raptor manifestus, seu in ipso delicto deprehensus, quadrupli; nec manifestus dupli pœnam sustineat? Id quidem & ratio suadet, & satis perspicuè significari mihi videtur in *l. si quis 52. §. ult. l. si vendidero 80. §. cum raptor 3. de furt.* & denique ex eo evincetur, quod hoc loco, & *l. 2. §. cæterum 10. & §. penult. hoc tit.* simpliciter traditum est, eum, qui vi rem alienam rapuit, etiam furti teneri. Quod autem in *l. 1. hoc t. & l. si quis egerit 88. de furt.* tantum mentio fit actionis furti nec manifesti, ex eo non protinus concludendum est, furti manifesti cum raptore numquam agi posse. Nam vel ideo id factum dici potest, quoniam furti nec manifesti actio semper competit, etiam adversus raptorem manifestarium, (nemo enim prohibetur experiri actione mitiore,) vel quia in sola furti nec manifesti actione locum habet, quod illic decent Jurisconsulti, si quis in duplum egerit, ei adhuc superesse actionem vi bonorum raptorum in id, quod in hac amplius est. Sunt qui putant cum raptore, ut cum fure manifesto, semper in quadruplum agi posse; quasi raptor non possit non esse manifestarius. Quod refellit *l. si quis 52. §. ult. de furt.* ubi Jurisconsultus & exemplum proponit raptoris non deprehensi, videlicet si quis rapuerit ex ædibus, in quibus nemo erat, & eum de bonis quidem raptis in quadruplum posse conveniri scribit; sed furti non, nisi nec manifesti. Sed nec conspectio furem aut raptorem manifestum facit, verùm apprehensio, aut ad apprehendendum concursio & acclamatio, *l. 3. l. 7. §. 1. & 2. de furt.*

Improbum furem esse) Id est, ἀναιδῆ, ἀναίσχυντον, imprudentem, audacem, atrocem. Chrysostomus *in Matth. hom. 53.* τοῦ δὲ κλέπτοντος ὁ ἁρπάζων χείρων, Et sanè is, qui rapit, fur est improbior atque imprudentior, quàm qui clam amovet, cùm hic celet suum delictum, ille publicet, & crimen etiam publicum admittat, *l. 2. §. cæterum 10. §. si in re deposita 24. hoc tit.* Quamquam aliud judicium Aristotelis *in Rhetor. ad Alex. cap. 12.* ubi hæc legimus: δεινότερά μοι δοκοῦσιν οἱ κλέπτοντες τῶν λῃζομένων ποιεῖν. οἱ μὲν γὰρ λαθραίως, οἱ δὲ φανερῶς τὰ χρήματα περιαιροῦνται. VINN. Et verè Prætori ea mens fuit, dum quadruplo, in quod raptor condemnatur, & rem raptam comprehendi voluit. Et nescio an jocus Plauti *Epid. Act. I. scen. 1.* ubi *propalam rapiens minus furtificus* dicitur, hanc sententiam exagitet. Ratio autem veterum fuit, quod raptoris vis vi facile propulsari possit à viro constante & forti: furto autem & viro prudentissimo fortissimoque damnum inferri queat. HEIN.

Propriam actionem) Etiamsi speciali edicto contra ea, quæ vi committuntur, prætor consuluit, *d. l. 2. §.* scilicet ut innotesceret, prætorem quoque curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, tum ut raptores pluribus actionibus conveniri possint, *arg. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* junct. *§. sic itaque 14. infr. de action.*

Intra annum quadrupli) *D. l. 2. §. in hac actione 13.* Nimirum actio hæc honoraria est, & ideo, ut cæteræ ejusdem generis pœnales, anno finitur, *l. in honorariis 34. de obl. & act.* speciale enim est, quod actio furti manifesti, quæ & ipsa ex prætoris jurisdictione proficiscitur, perpetuo competit, vide *inf. tit. de perp. & temp. act.*

Unam rem, licet minimam) *D. l. 2. §. vel cujus 11.* Quippe non rei aut æstimationis pecuniariæ, sed atrocitatis facti ratio ducitur. Cur ergo ob rem modicam non placet dari actionem de dolo, *l. 9. §. ult. cum 2. ll. seqq. de dolo?* Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium est, comparatum ad rescindendum, quod jure civili ratum est; non putavit prætor, ob rem minimam contractum jure validum rescindi debere.

In quadruplo inest & rei persecutio) Actio vi bonorum raptorum in quadruplum à prætore proposita, non est mera pœnalis, sed mixta: quippe in quadruplo etiam ipsius rei persecutio continetur, ut pœna tantùm sit tripli, *§. vi autem 19. inf. de action.* In quo distat hæc actio

actio ab actione furti, quæ tantùm pœnæ persequendæ causa comparata est, sive manifesti agatur in quadruplum; sive nec manifesti in duplum, §. *ex maleficiis* 18. *inf. de action.* §. *ult. tit. præc.*

Sive comprehendatur raptor, &c.) His verbis Imp. perspicuè duo genera raptorum facit, ut alii sint manifesti, alii non manifesti: uti & Ulpian. in *l. si quis* 52. §. *ult. de furt.* Cæterum in hac actione pœna pro qualitate rapinæ non variatur, sicut in actione furti alia pœna est manifesti, alia nec manifesti, sed in omnes raptores pœna est eadem.

Ridiculum est) Atqui raptor tantùm triplo mulctatur, fur manifestus quadruplo. Præterea actio de bonis raptis annua est, furti perpetua. Resp. Sufficit ad defensionem hujus loci, quod raptores in delicto comprehensi eadem etiam actione teneantur, qua fures manifestarii; ex causa autem delicti non manifesti gravius semper puniantur raptores, quàm fures.

Qui vi rapit, quàm qui clam amovet) Eadem ratione Jurisconsultus in *l.* 2. §. *si in re* 24. *hoc tit.* furem cum raptore conferens factum furis extenuat, raptoris exagerat: quoniam scilicet fur celat suum delictum, raptor publicat, quæ imprudentia crimen auget. Quod 2 autem aliquando levius ducitur, quod palam committitur, quàm quod clam, id tunc locum habet, cùm factum clandestinum, vel plus flagitii, vel plus periculi habet, vel conscientiam doli magis arguit, ut in specie, *l. ult. de rit. nupt. & l. non existimo* 54. *de adm. tut.* quod hic dici nequit.

TEXTUS.

Adversus quos datur.

1. *Ita tamen competit hac actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre à possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius Divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem, vel rem semoventem, licet suam eamdem rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere, si autem aliena res sit, post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quæ circa res soli fiunt: ut ex hac causa ab omni rapina homines abstineant.*

NOTÆ.

1. *Rei suæ dominio cadit*) Qui rebus suis manum injicit, dominium earum amittit. Qui rebus alienis, duplum restituere cogitur. Creditor, qui rem debitoris sibi debitam occupat, jus crediti amittit, *l.* 13. *quod met. ca.*

COMMENTARIUS.

1 *Qua pœna afficiantur, qui sine dolo malo rem rapiunt, aut invadunt?*

2 *Pœnam rapinæ, quæ privatis applicatur, exolevisse: & an non etiam aliæ, de quibus hic agitur?*

Quemadmodum furti nemo tenetur, nisi qui quid amovit dolo malo, & lucri faciendi causa, ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, nisi qui dolo malo rapuit. Proinde si quis, cùm crederet se rei dominum esse, eam per vim possessori eripuerit, existimans licere domino quovis modo rem suam à possessoribus auferre, hoc judicio de vi bonis raptis non tenetur, *l.* 2. §. *hac actione* 18. *hoc tit.* sed nec furti tenetur, *hoc text.* Cæterum aliis pœnis obnoxius est, ut statim audiemus.

Imprudentia juris) Secundum hoc explicandum est, quod Jurisconsultus in *d. l.* 2. §. *hac actione* 18. simpliciter scribit, si quis suam rem rapuit, vi bonorum raptorum non teneri; nempe si id sibi licere crediderit errans in jure: nam à dolo quævis vel fatua causa excusat. Gloss. Bart. Jas. & DD. *in l. unic. si quis jus dic. non obtemp.*

Sed ne dum talia excogitantur) Bene ac prudenter constitutum est, ut sine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil proprio agant impulsu: sed si quis putet se habere aliquas petitiones, ut actionibus, non vi experiatur, & per judicem, quod suum esse dicit, reposcat. Nam si cuivis privato permittatur id quod suum esse, aut sibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque sibi jus dicere, vincula quietis publicæ dirumpi necesse est, civesque ad rixam & arma quotidie procedere, *l. non est* 176. *de reg. jur.* Itaque etsi is, qui sine dolo rem rapuit, suam esse putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum, aliter tamen eum mulctari placuit, & siquidem dominus fuit, dominio rei suæ cadere, si non fuit dominus, post restitutionem rei etiam æstimationem ejus vim passo præstare.

hoc

hoc text. Creditor, qui rem debitoris neglecto juris ordine tenere occupat, jus crediti amittit, *l. extat* 13. *quod met. caus. l. pen. ad leg. Jul. de vi privat.* atque hic insuper etiam vi bonorum raptorum, *l.* 3. *C. hoc tit.* & publico judicio legis Juliæ de vi privata tenetur, *l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.*

In invasionibus) *L. si quis* 7. *C. unde vi.* Solæ res mobiles amoveri, subtrahi, rapi possunt: qui autem rem immobilem seu prædium vi occupat *invasor* & *invadere* dicitur. Pœna rapi- 2 næ legitima, quæ privatis adscribitur, exolevit, sicut & furti; cujus qualificati rapina est species. Nunc enim tantùm criminaliter rapinæ agitur ad vindictam publicam, & enormior violentia etiam morte punitur. De pœna *l. si quis in tantam* 7. *C. unde vi.* Et similium rescriprorum inter interpretes non convenit. Nam eam communi totius Christiani orbis usu antiquatam esse restatur Covar. 3. *resol.* 16. *n.* 7. post Specul. *tit. de restit. spol.* §. 1. & Guillelm. Benedict. *in cap. Raynutius* 16. *x*. *de testam.* Gutier. *pract. quæst. lib.* 1. *quæst.* 77. Sarmientus quoque 2. *select. interp.* 13. *n.* 7. refert, se numquam vidisse pœnam illius legis practicari, aut remedium illud intendi. Contrarium tradit Menoch. *recup. poss. remed.* 9. *n.* 8. qui censet, in praxi eam dispositionem omnino servandam esse: neque enim solo non usu legis abrogari. Sanè in foro nostro etsi nemo est, qui de contrario usu testetur, tamen plerique arbitrantur, rigorem talium constitutionum sectæ & praxi nostrorum temporum non convenire, quod etiam notat Christin. *vol.* 3. *decis.* 15. *num.* 10. & Groenew. *de leg. abrog. hic.*

TEXTUS.
Quibus datur.

2. *Sanè in hac actione non utique expectatur rem in bonis actoris esse. Nam sive in bonis sit, sive non: si tamen ex bonis sit, locum hac actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive etiam pignorata, sive deposita sit res apud Titium sic, ut intersit ejus eam rem per vim non auferri, (veluti si in deposita re culpam quoque promisit) sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut intersit ejus non rapi, dicendum est ei, competere hanc actionem, non ut dominium accipiat, sed illud solùm, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnes hanc habere actionem.*

NOTÆ.

2. *Sive deposita, &c. sic ut intersit*) Locus Ulp. in *d. l.* 2. §. 23. & 24. *eod.* male interpunctus est, perperamque principium §. 24. separatur à fine §. præcedentis. Sic enim omnino legendum: *Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.* Hinc demum novus §. inchoandus: *Utilius dicendum est*, &c. Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Ex bonis esse quæ hic dicantur?*
2 *Explicatur locus obscurus Ulpiani.*

VI bonorum raptorum is agir, qui in eum, qui clam amovit, furti agere potest, id est, is, cujus interest, neque solùm dominus rei, qui eam in bonis habuit, sed etiam bonæ fidei possessor, fructuarius, commodatarius, creditor, conductor, & interdum depositarius, si videlicet culpam quoque in re deposita repromisit. Horum omnium interest rem, quam tenent aut possident, non rapi: quoniam vel commodum ex re capiunt, vel eam salvam & incolumen præstare debent, *l.* 2. §. *in hac actione* 22. *hoc tit.* junct. §. *furti* 13. & 2. *seqq. tit. præc.*

Sive ex bonis) Ex bonis esse hìc ea dicuntur, 1 quorum, cùm aliena sint, vel emolumentum, vel usus, vel periculum ad nos pertinet, *ut ex text. & d. l.* 2. §. 22. In bonis ea, quæ jure civili aut gentium ita bonis acquisita sunt, ut ea alienare possimus. Alibi hæc verba in bonis latius accipiuntur, *l. bonorum* 49. *de verb. sign. l. rem in bonis* 52. *de acq. rer. dom.* Nonnumquam promiscuè utrumque dicitur & idem valet, in bonis & ex bonis, *l.* 1. *de usufr. legat.*

Non ut dominium accipiat, &c.) Obscura est 2 hujus loci sententia. Apud Ulp. *l.* 2. §. *in hac actione* 22. *hoc tit.* unde totus hic §. descriptus est, sic legitur: *Dicendum est, mihi competere hanc actionem, non ut dominium accipiamus, sed illud solùm ex bonis meis, hoc est, ex substantia mea, res ablata esse proponatur.* Quorum verborum hic sensus esse videtur, competere mihi cujus ex bonis res est, actionem vi bonorum raptorum, non utique ut jure dominii agere possim, sed tantùm ut proponam, ex substantia mea rem ablatam esse, verbo substantiæ largius accepto, quasi ex bonis meis etiam illud ablatum videatur, cujus æstimationem domino præstare debeo.

TI-

TITULUS TERTIUS.
DE LEGE AQUILIA.
Dig. Lib. 9. Tit. 2. C. Lib. 3. Tit. 35.
Continuatio, & summa tituli.

TErtia species delicti, ex quo civilis actio oritur, est damnum injuria datum. Damnum generaliter significat omnem detractionem & deminutionem rei alienæ, sive illa lucri causa fiat: sive nullius lucri gratia, & sive salvis rebus, sive peremptis aut corruptis. Nam damnum ab ademptione & quasi deminutione patrimonii dictum est, *l. 3. de damn. inf.* Hoc autem loco damnum in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis, puta si quis servum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit, aut vulneraverit, aut quid alienum usserit, ruperit, fregerit injuria, seu non jure, aut, quod idem valet, culpa, *§. 2. & 3. infr.* Atque hoc damnum est, quod vindicatur lege Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt, quorum primum & postremum hoc titulo explicantur, secundum in desuetudinem abiit.

TEXTUS.

Summa. Caput primum.

Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantùm domino dare damnetur.

NOTÆ.

Damni injuriæ) Damnum generaliter significat omnem deminutionem rei alienæ, &c. *l. 3. de damn. inf.* Hoc autem loco in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis.

Tantum domino dare) *D. l. 2. pr.* In lege Aquilia videtur scriptum fuisse, *tantum æs dare ero damnas esto*, arg. *l. 11. §. 6. eod. ero* tenuiter id est, *domino* ut in Florent. & Gloss. Græc. Lat. in δεσπότης. Cujac. *27. obs. 11.*

COMMENTARIUS.

1 *Si liber homo occisus sit, & de damno sarciendo agatur, quid juris, & potissimum hodie.*

DAmni injuriæ) Legendum videtur, *damni injuria*, *l. impuberem 23. de furt. l. si servus 27. §. si furnum 10. & seq. l. quemadmodum 29. §. item Labeo. 3. hoc tit.* Cic. *pro Q. Rosc. cap. 11. lite contestata, judicio damni injuria constituto.* Præcisè videlicet, pro, *damni injuria dati.* Haud scio tamen, an posteriores Jurisconsulti Græci homines *damni injuriæ* dixerint in genitivo, pro ex injuria, ut cùm dicimus, damnum incendii vel naufragii, pro incendio vel naufragio. VINN. Immo opus non videtur emendatione. Nam & apud veteres leges *damnum injuriæ*: veluti apud Mæcianum *l. 30. pr. fin. ff. ad L. Falcid.* &, ut mihi videtur etiam in *l. 9. §. ult. ff. de tutel. & rat. distr.* HEIN.

Alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero) Primum legis caput animalia pretiosiora, hoc est, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuosa complectitur, servis exæquans quadrupedes, quæ pecudum numero sunt; & tantùm ad damnum gravius, id est, ex cæde datum, pertinet, *l. 2. hoc tit.* Occiso homine libero non agitur ex lege Aquilia; quia liberi corporis nulla est æstimatio: sed legi Corneliæ locus est, si dolo occisus: si culpa, pœna lenitur, *l. 1. §. 3. de sicar.* Cæterum si de damno sarciendo civiliter disceptetur, tenetur is, qui injuste occidit, solvere impensas funeris, & si quæ factæ sunt in medicos, iisque, quos occisus alere ex officio solebat, puta liberis, uxori, parentibus dare tantum, quantum illa spes alimentorum, ratione habita ætatis occisi, valebat. Grot. *lib. 3. introd. c. 33.* Sic Hercules legitur Iphiti à se occisi liberis mulctam pependisse, quo facilius expiaretur. Atque ita censuit Senatus Dolanus apud Joan. Grevell. *decis. 25.* & Card. Puteus *lib. 3. decis. 280.* Sed & Cujac. *14. obs. 4.* exemplo Hadriani & Const. Prophyrogennetæ probat, novum non esse ut pars bonorum addicatur occisi liberis, vel patri, vel uxori, maximè si paupertate premantur, quamvis cædes citra dolum facta, injustè tamen. Michael Ephesius ad *5. Nicom. Arist.* scribit, eum ipsum, qui cæsus est, quodammodo capere, quæ uxor

aut

aut liberi aut cognati ex bonis homicidæ ferunt. Idque in Gallia obtinere, usque ad modum lucri amissi testatur Costal. *ad l. 3. si quadr. paup. fec.* add. Gomez. 3.*resol.* 2. *num.* 37. Grot. 2. *de jur. bell.* 17. *num.* 12. & *seqq.* Tulden. *ad tit.* 5. *cap.* 3. Christin. *vol.* 2. *dec.* 35. *n.* 10. Libero homine vulnerato aut mutilato, quid juris sit, videbimus *inf.* §. *cap.* 3.

Quæ pecudum numero sit) Ita quoque Cajus in *d. l.* 3. §. 2. *hoc tit.* quamobrem rectè mihi admonere videtur Hotomannus in principio *d. l.* 2. mendosè legi, *Quadrupedem vel pecudem*; legendum enim esse, *Quadrupedemve pecudem.*

In eo anno plurimi) Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuria occidit, quanti ea res eo anno plurimi fuit, damnatur, *d. l.* 2. *in pr.* De quo plura *inf.* §. *his autem.* 9.

Textus.

De quadrupede, quæ pecudum numero est.

1. Quod autem non præcisè de quadrupede, sed de ea tantùm, quæ pecudum numero est, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantùm, quæ gregatim propriè pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit. Nam & sues quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homerus in Odyssea ait, (sicut Ælius Marcianus in suis institutionibus refert,)

Δήεις τόνγε σύεσσι πάρημενον, αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπὶ τῇ κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Hoc est.

Assidet is suibus, quorum grex magnus in agris
Pascitur, ad Coracis saxum, fontemque Arethusam.

Commentarius.

1 *Cur dubitatum de suibus, an pecudum numero sint?*

Pecudum numero esse ea animalia propriè intelliguntur, quæ gregatim pascuntur, id est, in grege pastoris imperio subjecto, ut equi, asini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non sunt, multoque minus feræ bestiæ, veluti ursi, leones, panthæræ. Enimverò cameli & elephanti, licèt feræ naturæ sint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præstant, *d. l.* 2. §. 2. Vinn. JCti ubi ex arte loquebantur, distinguebant *quadrupedes*, quæ dorso & collo domantur, id est, quæ sarcinas vehunt & trahunt; *pecudes*, quæ gregatim pascuntur, & *bestias*, quales erant reliqua animalia omnia. Ampl. Bynkerh. *de Reb. mancip. & nec mancip. cap.* 6. *pag.* 119. *sequ.* Hein.

De suibus idem placuit) An sues pecudum appellatione contineantur, dubitatum fuit. Dubitandi quæ causa fuerit, haud facile dixerim. Hotomannus hanc affert, quod sues non 1 ut reliquæ bestiæ, gramine & viridibus pabulis commodè alantur, sed ut Varro & Columella tradunt, maximè faba, hordeo, glande, & cætero frumento indigent; & si rure sint, tamen caducis arborum baccis & effossis lumbricis & radiculis potius, quàm gramine vescuntur. Aliis probabilius videtur, ideo de suibus dubitatum, quoniam sues neque operam hominibus præstant, puta gestando, arando, ut equi, muli, asini, boves; neque lacte aut lana prosunt, ut vaccæ, oves, capræ. Utut sit, placuit etiam sues pecudum numero haberi, quia & ipsi gregatim sub imperio pastoris pascuntur, *d. l.* 2. §. 2. *hoc tit. l. legatis.* 65. §. *pecoribus.* 4. *de leg.* Ubi Marcianus Jurisconsultus auctoritate Homeri hanc sententiam confirmat. Locus est apud Poetam *Odyss.* 13. ubi Minerva Ulyssem in patriam ex longo errore reductum monet, ut non recta domum ad uxorem & procos introeat: sed prius ad Eumæum subulcum adeat, à quo de rebus omnibus interea edoceatur, dum ipsam Telemachum filium reducat. Quo eodem loco leguntur versus, quos post Marcianum hìc citat Justinianus. Vinn. Sed quamvis sues gregatim pascuntur, dubitari tamen non absurdè potuit, an sint quadrupes pecudes. Hein.

Textus.

De injuria.

2. Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem insidiatorem occidit, non tenetur: utique si aliter periculum effugere non potest.

Commentarius.

1 *Qui hac actione non teneantur?*

Qui nullo jure occidit) Injuriam hìc accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quamdam, sed quod non jure factum est, seu damnum culpa facientis datum, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* & nimirum quodcumque prævideri potuit,

tuit, nec provisum est, *l. si putator* 31. *l.* 44. *eod.* Ex quo intelligimus eum, qui occidit, aut alias damnum dedit, hac lege teneri, etiamsi animum nocendi non habuit, *d. l.* 5. §. 1. Deinde teneri hac lege omnes, quorum culpa vel levissima damnum datum esse arguatur, *l. in lege* 44. *eod.* Postremo non teneri eos, qui vel culpæ capaces non sunt: qualis est furiosus, infans, & impubes infantiæ proximus, *d. l.* 5. §. 2. vel quorum factum a culpa abest: veluti si non fuit in potestate ejus, qui damnum dedit, non facere, puta, si ab alio impulsus damnum dederit, *l.* 7. §. 3. *l. si ex plagis.* 52. §. 2. *eod.* vel si jure suo id fecit, puta furem nocturnum aut diurnum telo se defendentem, vel aggressorem, aut taurum irruentem occiderit, *hoc text. d. l.* 4. *l.* 5. *eod.* aut si quis casu alium læsit, quem divinare non potuit: aut si in eo, qui læsus est, culpa sit, cur sit læsus, vid. *infr.* §. 4. & 5. Plerique putant, nec culpam, quæ in omittendo seu negligendo consistit, ad legem Aquiliam pertinere, quoniam lex factum exigit. Covar. *de sponsf. par.* 2. *c.* 6. §. 8. *num.* 13. Donell. 16. *com. cap.* 7. Alii putant, hoc nomine utilem saltem actionem competere, *l.* 8. *l. si servus.* 27. §. *si fornicarius* 9. & ibi Bus. *hoc tit.* quod verum est, si negligentia circa factum aliquod antecedens causam damni præbuit. Ita opiniones conciliat D. Tuldenus *hic, cap.* 7.

Qui latronem insidiantem) Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere, *d. l.* 4. *hoc tit. l.* 5. *l.* 45. §. 4. *hoc etiam tit.* & quod quis ob tutelam corporis sui fecit, jure fecisse existimatur, *l.* 3. *de just. & jur.* Quamobrem si servum aggressorem aut latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: sed & si alium quemcumque ferro se petentem quis occiderit, non videtur injuria occidisse, *d. l.* 4. & *l.* 5. *eod.*

Si aliter periculum effugere) Vim nobis illatam vi repellere licet: cæterum ita, si aliter periculum vitari non potest, *l. scientiam* 45. §. *pen. eod.* Itaque si quis, cùm posset intentantem periculum apprehendere, occidere maluit, injuria fecisse videtur, *d. l.* 5. Nec ultio permissa, sed defensio, quæ ita excusata est, si in defendendo servata sit moderatio inculpatæ tutelæ, *l.* 1. *C. unde vi.* Cuncta exequi, quæ ad materiam defensionis pertinent, non est hujus loci.

TEXTUS.

De casu, dolo, & culpa.

3. *At ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur. Nam alioqui non minus ex dolo, quàm ex culpa quisque hac lege tenetur.*

COMMENTARIUS.

Non minus ex dolo, quàm ex culpa) Inversio est; dicere voluit, *non minus ex culpa, quàm ex dolo* occidenten teneri: nam de dolo minor est dubitatio. Similis verborum trajectio occurrit in *pr. supr. de har. instit.* apud Ulpianum *l. jurisgentium* 7. §. *pactorum.* 8. *de pact. l.* 3. §. 2. *de incend. ruin. naufr.* apud Callistratum *l. solidum* 85. *de solut.*

TEXTUS.

De jaculatione.

4. *Itaque, si quis, dum jaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur. Nam si id à milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligatur, si alius tale quid admiserit, culpæ reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco, quàm qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admiserit.*

De putatione.

5. *Item si putator ex arbore ramo dejecto servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset, culpæ reus est; sed si proclamavit, nec ille curavit præcavere, extra culpam est putator. Æquè extra culpam esse intelligitur, si seorsum à via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit; quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.*

De curatione relicta.

6. *Præterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus erit.*

De imperitia Medici.

7. *Imperitia quoque culpæ adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.*

De imperitia & infirmitate Mulionis, aut equo vecti.

8. *Impetu quoque mularum, quas mulio propter*

ter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, quum alius firmior eas retinere potuisset, æquè culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cùm equo veheretur, impetum ejus, aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

Notæ.

5. *Licèt non proclamavit*) Quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset. Quod si etiam per locum privatum vulgo iter fiat, de culpa agi poterit, *d. l.* 31.

6. *Qui servum secuit*) Quamvis bene, *l.* 18. *eod.* Solebant olim medici venas incidere, & ægris sanguinem mittere. Cic. *Pisoniana.*

7. *Si medicus*) *l.* 7. *in fin. & d. l.* 8. *pr. eod.* quamquam eventus mortalitatis medico imputari non debet, *l.* 6. §. 7. *de offic. præs.* & extra culpam esse intelligitur, ἔσται μεῖζον τὸ παθὸς τῆς ἰατρικῆς βοηθείας. Alexand. Aphrod. *in* 1. *Top. Arist.*

Perperam ei medicamentum) Ἀμαθῶς καὶ ἀπεριςκέπτως βασιλικὰ, ut Hippocr. *de pharm. purg.* imperitè, temerè, inconsideratè.

Commentarius.

1 *Quod de militibus in loco exercitii se exercentibus hìc dicitur, id etiam ad paganos certo loco se exercere solitos pertinere.*

2 *Medicorum culpam raro nunc in judicium vocari.*

Afferuntur hìc varia exempla hominis occasi, & damni dati circa dolum & animum nocendi, & fere culpa levissima. Nam ut antea dictum est, per legem Aquiliam non solùm dolus, sed etiam culpa vindicatur, ita ut ne levissima quidem hic excusationem habeat, *l. in lege* 44. *hoc tit.* & rectè: nam cùm potior semper sit causa ejus, qui damnum patitur, quàm qui dat, æquum est, damnum quacumque culpa datum sarciri ab eo, qui dedit.

A milite in eo campo) Duæ circumstantiæ in proposito efficiunt, ut factum à culpa absit & Aquilia esset; locus exercitationi destinatus, & persona se in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficiente Aquiliæ locus est. Qua de causa si vel paganus in loco exercitationi militum constituto jaculans servum transeuntem occiderit, sive miles extra campum jaculatorium, uterque Aquilia tenebitur, *d. l.* 9. 1 §. *ult. hoc tit.* Quid verò dicemus de conventiculis sagittariorum ex paganis, qui certo loco collineando ad scopum certare solent? Et quamvis hi milites non sint, tamen si quis eorum die & loco solito se exercens, intempestivè per eum locum transcurrentem transfixerit, extra culpam esse respondit Wames. *cent.* 2. *cons.* 51. fac. Grot. 3. *jurispr. Bat. cap.* 33. Planè si consulto ictum in transeuntem direxerit, aliud juris est, *d. l.* 9. §. *ult. & ibi gloss.*

Si putator ex arbore dejecto ramo) Arborem putare, factum planè licitum est: cæterum in dejectione rami amputati culpa esse potest. Quod ex loco, in quo putatur arbor æstimandum est. Nam si is locus sit prope viam publicam aut vicinalem, aliamve, per quam vulgo iter fit, aut unicuique transire jus est, & fraudator seu is, qui arbores amputat, ramum in eum locum, quantumvis privatum, sine proclamatione dejiciens servum prætereuntem occiderit, culpæ obnoxius est: si verò proclamavit, nec alter curavit casum evitare, extra culpam est. Similiter extra culpam esse intelligitur, si in eo locum dejecerit, in quo nulli extraneo versandi jus erat, quamvis non proclamaverit: quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset, *l. si putator.* 31. *hoc tit.* Via publica est, quæ Græcis βασιλικὴ, regia dicitur, Romanis prætoria & consularis, item militaris. Vicinalis, quæ in vicos ducit; quæ & ipsa fere publica est, *l.* 2. §. 22. *ne quid in loc publ.* Sic Flacc. *de cond. arg.* Sueton. *Aug.* 49. Theoph. *hic.*

Si medicus qui servum tuum secuit) Qui medicus servum alienum secuit, etsi bene secuit, (venæ sectionem seu incisionem intellige,) tamen si susceptam ejus curationem dereliquit, & servus ob id mortuus sit, culpæ reus intelligitur, *l.* 8. *hoc tit.* Nimirum qui susceptam curationem deseruit, causam mortis præbuisse videtur.

Imperitia quoque culpa, &c.) Imperitia alicujus rei per se culpa non est, sed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod profitetur, culpæ adscribitur, si quid circa ea, quæ ad illud artificium pertinent, per imperitiam commissum sit, *l.* 9. §. *pen. l. item quæritur.* 13. §. *si gemma,* 5. *locat. l. si servum.* 27. §. *si calicem* 29. *hoc t.* eoque pertinet *l. imperitia.* 132. *de reg. jur.* Itaque si medicus servum tuum imperitè, ἀμαθῶς καὶ ἀπειρως ἰατρος, secuerit, vel medicamento perperam usus mortem attulerit, hac lege tenebitur, *l.* 7. *in fin. & l. seq. in pr. eod.* Homicidii crimen est in hominis salute peccare, ait Cassiod. 6. *var.* 19. Di-

Diligenter autem conſiderandum eſt, ne, quod vi morbi contigit, id medici imperitiæ aut culpæ deſignetur: nam eventus mortalitatis medico imputari non debet, ſed tantùm quod commiſit per imperitiam, *l. 6. §. ſicuti 7. de off. præſ.* & extra culpam eſſe intelligitur ὅταν ᾖ μεῖζον τὸ πάθος τῆς ἰατρικῆς βοηθείας. Alex. Aphrod *in 1. top. Ariſt.* Culpa medici raro in judicium vocatur: quoniam, ut ille dicebat, errata medicorum terra occultat: beneficia autem ſol illuſtrat. Et Plinius alicubi ſcribit, ſoli medico hominem occidere impune eſſe. Papon. 23. *tit.* 8. *art.* 1. refert, medicum, qui fortiorem ſolito potionem ægrotanti præbuerat, impune quidem pro ea vice arreſto Pariſienſi dimiſſum fuiſſe, ſed cum interminatione ſeveræ animadverſionis, niſi in poſterum ab hujuſmodi remediis temperaret. add. Groenevv. *de ll. abr. hic.*

Impetu quoque mularum, &c.) Mulio, cujus ob imperitiam vel infirmitatem impetu mularum ſervus alienus obtritus eſt, hac actione tenetur. Idem juris eſt in perſona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non potuit. Neque iniquum eſt infirmitatum culpæ adnumerari. Quippe cùm nemo temere affectare debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem ſuam alii periculoſam futuram, *l. 8. §. 1. eod.*

TEXTUS.

Quanti damnum æſtimetur, & de hæredibus.

9. *His autem verbis legis*, Quanti id eo in anno plurimi fuerit, *illa ſententia exprimitur, ut ſi quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luſcus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretioſus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, ſed quanti in eo anno plurimi fuerit; qua ratione creditum eſt, pœnalem eſſe hujus legis actionem; quia non ſolum tanti quiſque obligatur, quantum damni dederit, ſed aliquando longè pluris. Ideoque conſtat, in hæredem eam actionem non tranſire, quæ tranſitura fuiſſet, ſi ultra damnum numquam lis æſtimaretur.*

COMMENTARIUS.

Quanti id eo in anno plurimi) Hæc clauſula æſtimationem habet damni, quod per cædem datum eſt. Tenetur itaque qui ſervum occidit, non quanti is erat, cùm occideretur, ſed quanti eo anno plurimi fuit, *l. ait l. 21. l. inde Neratius. 23. §. idem Julianus 3. hoc tit.* ubi Ulpianus ſcribit, hominis occiſi æſtimationem ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis ſexaginta quinque diebus: quippe annum retrorſus numerari, ex quo quis occiſus eſt. Et ideo ſi pretioſo pictori pollex fuerit præciſus, & intra annum quo præcideretur, fuerit occiſus, poſſe dominum Aquilia agere, pretioque eo æſtimandum, quanti fuit prius, quàm artem cum pollice amiſiſſet. Si mortiferè vulneratus ſit ſervus, deinde poſt, etiam longiori tempore interjecto, mortuus ſit, ſecundum Julianum inde annum numerari placet, ex quo vulneratus eſt, licet Celſus contra ſenſerit, *d. l. ait lex 21. §. 1.*

Pœnalem eſſe hujus legis actionem) Actio legis Aquiliæ pœnalis eſt. Nam etſi interdum lis ultra damnum datum non æſtimetur, veluti ſi res intra annum depretiata non ſit, tamen ad hoc, ut pœnalis habeatur, ſufficit poſſe præſentem æſtimationem exuperari, & pœnam generaliter in damnoſos ſtatutam eſſe.

In hæredem non tranſire) Conſtat, hanc actionem hæredi dari: ſed in hæredem non datur cùm ſit pœnalis; niſi forte ex damno locupletior hæres factus ſit, *d. l. inde Neratius. 23. §. hanc actionem. 8. hoc tit.* aut lis cum defuncto fuerit conteſtata, *§. 1. infr. de perp. & temp. act.*

Quæ tranſitura fuiſſet) Ait, actionem legis Aquiliæ in hæredem non tranſire, non quia ex delicto eſt, ſed quia pœnalis: tranſituram, ſi pœnalis non eſſet. Itaque hìc locus apertè confirmat eorum ſententiam, qui exiſtimant, actiones non pœnalis, etiamſi ex delicto veniunt, in hæredem dari; de quo latius alibi, *§. ult. ſupr. de obl. quæ ex del. & infr. §. 1. de perp. & temp. act.* Hodie actio legis Aquiliæ pœnalis non eſt: nam ſolùm eatenus ea nunc utimur, ut damnum injuria datum perſequamur; non etiam quanti plurimi ſupra id res in eo anno aut in diebus 30. proximis fuit: & quando aliquid propter occiſionem conjugis vel parentis, vel propinqui adjudicatur, id potius ejus qui agit indemnis ſervandi, quam coercendi adverſarii cauſa fieri exiſtimatur. Gudel. *de jur. nov. lib. 3. cap. 13.* Grot. 3. *introd.* 32. & 34. Groenevv. *de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

Quid æſtimatur.

10. *Illud non ex verbis legis, ſed ex interpretatione placuit, non ſolùm perempti corporis æſtimationem habendam eſſe ſecundum ea, quæ diximus,*

mur, sed eo amplius, quicquid præterea perempto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti si servum tuum hæredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is jussu tuo hæreditatem adierit: nam hæreditatis quoque amissæ rationem esse habendum constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit, non solùm occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.

Notæ.

10. *Depretiati sunt*) Utitur eo verbo Paul. *l.* 22. §. 1. Tertull. *ad Nation.* 1. *cap.* 10. Gloss. Lat. Gr. depretiati, ἐλαττωθέντες.

Commentarius.

Non ex verbis legis, sed ex interpretatione) Lex de æstimatione perempti corporis tantùm locuta videtur: cæterum illud quoque damnum in æstimationem venire placet, quod occasione perempti corporis in re alia patimur: quod variis exemplis illustratur, *l. ait. l.* 21. §. *ult. cum ll. seqq. hoc tit.* Ait autem Justinianus id per interpretationem placuisse, nimirum quia legislatorem id quoque voluisse prudentes existimaverunt: non enim tam ex scripto & sententia hæc controversia nata videtur, quàm ex scripti ambiguitate: ut bene Hotoman. *hîc.* & ideo de hoc quoque damno directam ex lege actionem competere verius est, vid. §. *ult. inf.*

Quicquid præterea damni) Quicquid præterea extra rem principalem nostra interest, *d. l. ait lex* 21. §. *ult.* Nam omnia commoda, quæ intra annum, quo verbi causa servus interfectus est, pretiosiorem hunc servum facerent, ad æstimationem ejus accedunt, *d. l. inde Neratius.* 23. §. *in summa.* 6. *eod.* Damnum autem intellige pecuniarium: nam effectionis ratio non habetur. Ut ecce, si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, non pluris æstimabitur, quàm quanti omnibus valet. Quippe pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur, *l. si servum.* 33. *hoc tit. l. pretia.* 63. *ad leg. Falcid.*

Si servum tuum hæredem) Si servus hæres institutus, antequam jussu domini hæreditatem adiret, occisus sit, etiam hæreditatem amissæ damnum in æstimationem venit, *d. l. inde Neratius.* 23. *hoc tit.*

Item si ex pari mularum) *L. proinde* 22. §. 1. *eod.* Ubi Paulus scribit, etiam causas corpori cohærentes æstimari. Itaque si quis ex comœdis, aut symphoniacis, aut gemellis aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit, non solùm perempti corporis æstimationem faciendam esse, sed & ejus, rationem haberi debere, quo cætera corpora depretiata sunt.

Textus.

De concursu hujus actionis & capitalis.

11. *Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit, & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere.*

Commentarius.

Si dolo servus occisus sit, non tantùm privato judicio legis Aquiliæ dominus agere potest, sed etiam publico legis Corneliæ de sicariis, *l. inde Neratius* 23. §. *si dolo.* 9. *hoc tit. l.* 3. *C. eod.* nam lex Cornelia non distinguit, cujus conditionis homo occisus sit, *l.* 1. §. 2. *ad l. Corn. de sicar.* Addit. Ulp. *in d. l. inde Neratius* 23. §. *si dolo.* 9. si lege Aquilia dominus agerit, non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliæ; scilicet, quo minus quod privato judicio judicatum erit, publico retractetur, *l. unic. quand. act. civ. crim.* Alio sensu Paulus in *l.* 4. *de publ. jud.* dicit, in actione legis Aquiliæ, cæterisque privatis judiciis, in quibus de re familiari agitur, evenire interdum, ut præjudicium judicio publico fiat; nimirum non sic, ut agi amplius non posit, sed ad probationem delicti quod attinet, ut judicium privatum, ante finitum, urgeat aut juvet reum in executione criminis.

Capitalis criminis reum facere) Modo ut diximus, dolo malo homo occisus sit. Nam in lege Cornelia dolus tantùm pro facto accipitur, nec in hac lege lata culpa pro dolo habetur, *l.* 7. *ad leg. Corn. de sicar.* add. Schneid. §. *injuria.* 2. *num.* 11. *sup. ad hunc* §. *num.* 1. De libero homine occiso, si de damno sarciendo agatur, dixi sub *pr. hujus tit.*

Textus.

Caput secundum.

12. *Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.*

Commentarius.

Secundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ jurisprudentiæ in desuetudinem abierat, ut testis est Ulpianus *in l. servum* 27. §. 4. *hoc tit.* Quid autem hoc capite cautum fuerit, cùm id nusquam proditum sit, haud temere dixerim: neque de eo laboran-

dum. Qui otio abundant, talia sibi negotia sumant. Cujacio videtur, pertinuisse ad interceptam nobis utilitatem quamdam, re nostra illæsa. VINN. Nos, ne otio abundare videamur, lectorem remittimus ad *Antiquitates nostras Rom. h. t. §. 9. edit. sec.* HEIN.

TEXTUS.

Caput tertium, quod damnum vindicatur.

13. *Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero est, vulneraverit; sive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam, vulneraverit, aut occiderit; hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur: quamquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solùm fracta, aut usta, sed etiam scissa, & collisa, & effusa, & quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri.*

NOTÆ.

13. *Capite tertio*) Verba capitis tertii referuntur ab Ulp. *l.* 27. §. 5. *eod.* ejusdemque *l.* §. 7. & deinceps fusè explicantur.

COMMENTARIUS.

1 *Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis.*
2 *Quid juris si liber homo vulneratur: & quid eo casu hodie?*

TErtio capite ait eadem lex Aquilia; *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quid usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aẽ domino dare damnas esto. l. si servus 27. §. tertio 5. hoc tit.* Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed usserit, fregerit, ruperit, sine dubio ex his verbis legis agendum erit. Proinde si facem servo meo objeceris, & eum adusseris, teneberis mihi. Idem est si loris, vel virgis, vel pugnis, vel telo cecideris, ut corpus ei scinderes vel tumorem faceres, *d. l.* 27. §. 17. Item si quis mulum meum plus justo oneraverit, & aliquid membri ruperit, *d. l.* 27. §. 23. Sed & si arbustum meum vel villam meam incenderis, Aquiliæ actionem habeo, *d. l. servus 27. §. item si 7.* Æquè si quis vinum effuderit, spurcaverit, vitiaverit, vestimentum sciderit, inquinaverit, milium aut frumentum meum in flumen effuderit, ex hoc capite tenetur, *d. l. 27. §. cum eo 15. & §. si quis 18. cum §. seq. eod.* Hac quoque actione ex hoc capite de omnibus animalibus læsis agendum est, quæ pecudes non sunt, puta de cane. Sed & de apro & leone, cæterisque feris & avibus idem erit dicendum, *l. quemadmodum 29. §. hac actione 6. eod.* In summa hoc capite servorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium vel vulnera vel cædes, omnium denique rerum inanimatarum corruptiones in judicium vocantur. Liber homo 2 vulneratus directam ex hoc capite actionem non habet: quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dari placet, in qua non corporis, quod nullam æstimationem recipit, sed operarum cessantium & impendiorum æstimatio fiet, *l. liber homo 13. eod.* quam æstimationem etiam pater utili legis actione persequi potest, ob vulnus inflictum filiosam. *l. 7. eod. l. cum duobus 52. §. socium 16. pro soc.* Cujac. 21. *obs.* 20. add. Grot. 3. *introd. c.* 34. Moribus harum regionum etiam dolorum & deformationis corporis, si quando id petitur, æstimatio fit; quamvis propriè hæc pecunia sarciri non possunt, neque juri Romano id conveniat, *l. ult. de his qui dejec. l. 3. si quadr. paup.* Grot. *d. loc.*

Ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum) Verbum *ruperit* fere omnes veteres sic intellexerunt, *corruperit*. Itaque rupti appellatione continentur & usta, & fracta, & scissa, & collisa, & effusa: & quoquo modo vitiata, deteriora facta, aut perempta. Neque obstat, quod lex distinctim hæc tria exprimit, usserit, fregerit, ruperit. Nam, ut Celsus dicebat, non est novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subjiciat verbum, quo specialia complectatur, *d. l. si servus 27. §. inquit 13. cum 3. §§. seqq.*

TEXTUS.

De dolo & culpa.

14. *Illud palam est, sicut ex primo capite demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut*

aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri; ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.

Commentarius.

S*I dolo aut culpa*) In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quàm dolus punitur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ ejus causa ignem immiserit, & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineam læserit, requiremus, num imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est. Nam & qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est & qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia, quæ oportet, observavit, & subita vis venti ignem longius produxit, caret culpa, *l. qui occidit* 30. §. *penult. hoc tit.* Vinn. Sigulare id habet lex Aquilia, quod & dolum & culpam vindicat, quum alias verum delictum non nisi ex dolo proficiscatur, *l.* 53. *ff. de furt.* quasi delictum ex culpa. Unde non absurdè Cel. Thomasius damnum injuria datum & veris & quasi delictis accenset; quamvis facta à potiore denominatione potius verum delictum dicatur. Add. *Elem. nostra Jur. secund. ord. Instit.* §. 1034. §. 1081. Hein.

Quanti in diebus triginta) Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximis, tanti lis æstimatur, *d. l. si servus* 27. §. *tertio* 5. *eod.* qui excessus præsentis æstimationis hic pro pœna est: quæ levior in hoc capite, quàm in primo, tamquam in delicto leviore.

Textus.

Quanti damnum æstimetur.

15. *Ac nec* plurimi *quidem verbum adjicitur. Sed Sabino rectè placuit; perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte* plurimi *verbum adjectum fuisset: nam plebem Romanam, quæ Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa esset.*

Commentarius.

HÆc verba, *quanti in diebus triginta proximis fuit*, etsi non habent, *plurimi*, sic tamen accepta sunt, *l. quemadmodum* 29. §. *ult. hoc tit.* nimirum ut vox *plurimi* in primo capite posita, in tertio repetita intelligatur: & alioqui incerta esset damni ex hoc capite æstimatio.

Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, &c.) Rectius dixisset *legem jussit*, & mox, *eo verbo usus esset*, ut hìc notat Hotomaunus.

Textus.

De actione directa, utili, & in factum.

16. *Cæterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipuè corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent; veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit; ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut præcipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem adscenderet, vel in puteum descenderet, & is adscendendo, vel descendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis læsus fuerit: utilis actio in eum datur: sed si quis alienum servum aut de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, & is suffocatus fuerit, eo quod projecit corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi potest: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit, quum non sufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliæ actio, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.*

Notæ.

16. *Si quis præcipuè corpore suo*) Directa legis actio ita demum conceditur, si quis corpore suo damnum dederit, *l.* 51. *eod.* Directa actio hìc intelligitur, quæ ex verbis legis, eoque, quod scriptum est, descendit.

Qui alio modo, &c. *utiles actiones*) Quæ eædem & in factum: cæterum civiles, *l.* 7. §. 3. & 6. *l.* 9. *eod.* Actio quæ inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tamquam ex mente legislatoris non directa, sed utilis dicitur: quamquam vi & effectu à directa nihil differt, *l.* 47. §. 1. *de neg. gest.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis actio legis Aquiliæ datur. Directam habere non possunt, quoniam in lege domini tantùm mentio fit, *l.* 7. *l.* 11. §. 8. *l.* 13. *hoc tit.*

Alienum servum de ponte) Si quis de ponte aliquem præcipitaverit, Celsus ait, sive ipso ictu perierit, aut continuo submersus fit, aut lassatus vi fluminis victus perierit, eum qui dejecit, ipsa lege Aquilia teneri: quemadmodum si quis puerum saxo illisisset, *d. l.* §. *penult.* *Ipsa*

Ipsa lege Aquilia) Ex ipsis verbis legis Aquiliæ, ut directa in eum actio competat, ut rectè interpretatur Theoph.

Neque corpus læsum) Ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competit: ac proinde subsidiaria in factum opus est, *l. 33. in fin. hoc tit. l. 7. §. 7. de dolo*, quæ à prætore defectum legis supplente datur, *l. 11. de præscr. verb.*

Misericordia ductus) *D. l. 7. §. 7. de dolo.* Intempestiva misericordia damnosa est. Similiter actione in factum tenetur, qui fumo facto apes fugaverit, vel etiam necaverit, *l. 49. eod.* Apes fumo abigi & necari notissimum est. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Directa actio quot modis dicatur?*
2 *Actio utilis quid: & qua ratione, quando à quibus introducatur?*
3 *Directam actionem esse, tam quæ ex sententia legis descendit, quàm quæ ex verbis: utilem, quæ, tanquam ex sententia per interpretationem extensivam in factum, cui nec oratio nec sententia convenit.*
4 *Utilem, quo tamquam ex sententia legis, & ipsam interdum in factum appellari.*

1 UT hic locus plenè intelligatur, sciendum est, non uno semper & ejusdem oppositionis intuitu nomen actionis aut directæ aut utilis à veteribus usurpari. Nam primum directa actio dicitur principalis opposita vel præparatoriæ, puta actioni ad exhibendum, *l. 3. §. ibidem 13. l. si quis 17. ad exhibend.* vel contrariæ, ut actio directa commodati, depositi, pigneratitia, &c. vide nostra ad §. 2. *sup. quibus mod. re contr. oblig. §. 1. sup. de oblig. quæ quasi ex contract.* Deinde actio ordinaria ex delicto, opposita noxali, directa quoque vocatur, *§. omnis 5. infr. de nox. action.* Postremo directa actio dicitur ad differentiam actionis utilis: quæ consideratio hujus loci propria est. 2 Utilis actio sic in universum describi potest, quod sit actio, quæ deficiente stricta juris ratione, ex æquitate introducitur. Id verò fit bifariam: vel interpretatione Jurisconsultorum; vel etiam jure expresso, tum prætorio, tum etiam civili æquitatem sectante. Actiones prætoriæ in relatione ad jus civile strictum, omnes dicuntur utiles, tametsi apertè verbis edicti propositæ sint, *§. namque 4. infr. de action. l. tutor 16. §. ultim. de pign. action. l. electio 26. §. 2. de nox. act. l. 1. de superfic. l. ult. C. quib. ex ca. maj.* Quamquam si 3 jus prætorium absolutè spectamus, quædam utiles appellari possent: directæ, quæ ipsis edicti verbis proponuntur utiles, quas verbis cessantibus prudentum interpretatio induxit, *l. pen. §. ult. de his qui dej. vel eff.* ut apparet ex *l. nec quasi 70. de rei vind. l. 1. l. si Titio 22. de pignor. l. in eum 19. in pr. de instit. act. l. 5. §. pen. de pec. const. l. 1. C. de precar.* Sed & jus civile nonnumquam verbis expressis utiles tantùm actiones tribuit, nimirum quoties ratio juris impedit, quominus directæ dentur; veluti si directæ jam sint apud alium. Nam ratio juris non patitur, ut aut apud duos simul directa sit actio, aut ab eo, cui illa semel competere cœpit, avulsa in alium transferatur. Hinc est, quod ei, cui nomen venditum, legatum, donatumve est, non directa, sed utilis actio rescriptis Impp. datur, quia scilicet ex ratione juris directa penes venditorem, hæredem, donatorem manet, *l. si cum 16. de pact. ll. 1. C. de obl. & act. l. ex legato 18. C. de legat.* Pari de causa, quia ratio juris civilis non patitur, ut nostra conventione alteri actionem quæramus, quibusdam casibus hìc utilis actio constitutionibus introducta est, *l. 3. C. de don. quæ sub mod.* His autem casibus, & si qui sunt similes, demptis, actio directa dicitur, quæ ex verbis legis, eoque quod rescriptum est, descendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehensum intelligi oportet, quod voluisse legislatorem constat, etiamsi id verbis apertè expressum non sit. Ut ecce, lege Aquilia, qui damnum dedit, expressè jubetur ejus damni æstimationem præstare. Illud non exprimitur, damnum tanti æstimandum, quanti interfit damnum datum non esse. Cæterum quia damnum sarciri lex voluit, ex voluntate legis hoc sic aeceptum est, quasi scriptum esset, ejus omnis, quod interest, æstimationem fieri debere; at proinde etiam ejus nomine quod extrinsecus interest directa ex lege actio competit, ut notavimus ad *§. illud 10. supr. eod.* At verò ubi longius proceditur, atque ex scripto & sententia controversia orta actio, inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tamquam ex mente legislatoris; ea non directa, sed utilis est: quamquam vi & effectu juris à directa non differt, *l. propen. de neg. gest.* Quod si & verba & sententia legis deficiunt, hìc prætor defectum legis, utilitate id exigente, supplere solet reddendo actiones in factum, *l. quia actionum 11. de præscr. verb.* Quæ omnia exemplis in textu illustrantur. 4 Illud etiam hic obiter notandum, appellatione actionis in factum nonnumquam significari actionem illam utilem, quam ex sententia legis per interpretationem induci diximus: ut videre est *in l.*

qua

qua actione 7. §. *proinde* 3. *l. item si* 9. *in pr. l. item Mela* 11. §. *sed si* 8. *l. quemadmodum* 29. §. *pen. hoc tit.* Propriè autem eo nomine designari actionem ab illa utili distinctam: quæ scilicet id factum persequitur, cui nec oratio nec sententia legis convenit, *d. l.* 11. *de præscript. verb. l. si servum* 33. §. 1. *hoc tit. l.* 7. *idem Labeo* 7. *de dol.* & *hoc tit. in fin.* Illa in factum civilis, hæc in factum prætoria dicitur, & tota subsidiaria est.

Si quis corpore suo) Adde *l. ita vulneratus* 51. *in pr. hoc tit.*

Qui alio modo damnum dederit, utiles actiones) Quæ eædem & in factum, cæterum civiles, *l. qua actione* 7. §. 3. & §. *Celsus* 6. *l. item si* 9. *fere per tot. tit. eod.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis Aquiliæ actio datur. Directa enim habere non possunt, quoniam in lege domini tantùm mentio fit, *d. l. qua actione in pr. l. item Mela* 11. §. *sed si* 8. *l. liber homo* 13. *pr. eod.*

Neque corpus læsum) Lex Aquilia de corpore perempto aut corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competere potest: & proinde subsidiaria in factum opus est, secundum ea, quæ jam dicta sunt, *l.* 11. *de præscr. verb. l. si servum* 33. *in fin. hoc tit. l.* 7. §. *idem Labeo* 7. *de dolo.*

TITULUS QUARTUS.
DE INJURIIS.
Dig. Lib. 47. *Tit.* 10. *C. Lib.* 9. *Tit.* 35. & 36.
Continuatio, & argumentum tituli.

QUarta species delicti, unde obligatio & actio inter privatos nascitur, est injuria seu contumelia. Quæ quid sit, quomodo & quibus fiat, tum qua pœna vindicetur, quæ circunstantiæ eam augeant, aut minuant, & denique quomodo aboleatur, hìc docebitur.

TEXTUS.

Verbum injuria quot modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit: specialiter, alias contumelia, quæ à contemnendo dicta est, quam Græci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδικίαν dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas & injustitia, quam Græci ἀνομίαν καὶ ἀδίκημα vocant: cum enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.

NOTÆ.

Generaliter injuria) Ex Paulo *apud Rufin. tit.* 2. & Ulpian. *l.* 1. *hoc tit.* ubi JC. ait, *injuriam ex eo dictam, quod non jure fit.* Augustin. *Confess.* 3. *cap.* 8. *Sive per contumeliam, sive per injuriam.*

Cùm judex non jure contra quem pronuntiat.) Si judex iniquè sententiam dixerit, quamvis per imprudentiam aut errorem, *l.* 51. *de evict.* eum, qui sententia læsus est, injuriam passum dicimus, *d. l. hoc tit.* Judex autem injuriam facit, non is, secundum quem judicatum est. Arist. 1. *magn. mor.* 34.

COMMENTARIUS.

OMne quod jure non fit) Quidquid non jure fit, generali verbo injuria dicitur, *l.* 1. *hoc tit.* ubi Ulpianus ait, injuriam ex eo dictam, quod non jure fiat. Itaque omne factum, quo nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam latè patet, quàm injustitia: est enim effectus injustitiæ, quæ in affectu & habitu animi consideratur. Cicero in *Paradox.* *Quocumque aspexisti, ut furiæ, sic tuæ tibi occurrunt injuriæ, quæ te respirare non sinunt.* *Injuriæ*, id est, actiones injustæ, flagitia, peccata. Injuriæ, sic generaliter dictæ, Justinianus tres species hìc commemorat, uti & Jurisconsultus in *d. l.* 1. contumeliam, damnum culpa datum, iniquitatem sententiæ: quibus tamen genus propositum non exhauritur. Sed de eo unusquisque pro arbitratu existimet. Adeundus omnino Arist. *lib.* 5. *ethic.*

Specialiter alias contumelia) Speciatim injuria primum pro contumelia accipitur, ut in *hoc tit. l.* 5. §. 1. *ad l. Aquil. l. si unus* 27. §. 2. *de pact.* ubi Paulus scribit, actionem injuriarum nasci ex contumelia. In hoc significatu injuria sic ab auctore librorum *ad Herennium lib.* 4. *cap.* 25. definitur: *Injuria est, quæ aut pulsatione corpus, aut convitio aures, aut turpitudine vitam alicujus violat.* Ergo sic injuria est omne dictum factumve ad contemptum, infamiam, aut dolorem alterius directum.

A contemnendo) Contumelia à contemptu, Seneca quoque auctore, dicta est: quia nemo nisi quem contempsit, tali injuria notat.

Alias culpa, sicut in lege Aquilia) Lex Aquilia injuriæ verbo vel maximè dolum malum intelligit: cæterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque, quod per imperitiam aut imprudentiam factum est, injuria factum existimat. Quod Aristoteles non ἀδίκημα, sed ἁμάρτημα appellaret: & ita foret legendum: quia id nomen locum habet etiam ubi dolus abest. Atque hæc est secunda injuriæ species.

Non jure contra quem pronuntiat) Tertio circa judicia injuriam pro iniquitate accipimus. Nam si judex iniquè sententiam dixerit, eum, qui sententia læsus, injuriam passum esse dicimus. Quamquam autem litigatori injuria fieri dicitur nou tantùm cùm judex dolo malo aut largitione corruptus perperam pronuntiat, sed etiam cùm per errorem aut imprudentiam, *l. si per* 51. *de evict.* effectu tamen juris inter hæc facta multum interest: & alterum verè maleficium est, alterum propriè non est, sed quasi maleficium, ἁμάρτημα utique: de quo vide *pr. tit. seq.* Illud huic loco contrarium non est, quod apud Paulum in *l. pen. de just. & jur.* legimus, prætorem quoque jus reddere, cùm iniquè decernit. Nam, ut ipse illud explicat, dicitur hoc relatione facta, non ad id, quod prætor fecit, sed ad illud, quod prætorem facere convenit: sive nomine relato ad id quod videtur, non quod est; πρὸς τὸ φαινόμενον, non πρὸς τὸ ὄν.

TEXTUS.

Quibus modis injuria fit.

1. *Injuria autem committitur, non solùm cùm quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit; sed & si qui convitium factum fuerit: sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere; vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen (aut historiam) scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret: sive quis matremfamilias, aut prætextatum prætextatamve adsectatus fuerit; sive cujus pudicitia attentata esse dicitur: & denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.*

NOTÆ.

1. *Matremfam. aut prætextatum, &c.*) Budeus, *in l. ult. de Sen.* Erat autem prætexta puerile vestimentum, *l.* 23. §. 2. *de aur. & arg. leg. & ingenuitatis insigne*, σύμβολον εὐγενείας, Philostrat. *in Herode.*

COMMENTARIUS.

1 *Re quot modis injuria fiat?*
2 *Convitium quid, & an circa id verbis injuria fieri queat?*
3 *An & quando veritas convitii excuset injuriantem?*
4 *An eum relevet præfatio honoris?*
5 *Injuriam verbis factam an verbis liceat repellere?*
6 *Famosi libelli quàm varia pœna.*
7 *Si inventor auctorem indicaverit.*
8 *Pœnæ capitali* l. un. C. de famos. libel. *quando locus?*
9 *Adsectari cur injuriosum?*
10 *Sermo prætextatus.*
11 *Cur injuriosa attentatio pudicitiæ?*

INterpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem, & verbalem: eam, quæ scripto fit, alii ad realem referunt, alii, & frequentius, ad verbalem: quod & Labeo fecisse videtur, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* & nos sequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis: vel lingua scilicer nuncupatis, vel scripto expressis. VINN. At potest etiam per picturam fieri injuria, ejusque rei lepida prostant exempla. Enimvero & hanc ad injurias reales referri posse nemo dubitaverit. HEIN.

1 *Cum quis pugno pulsatus*) Propriè injuria realis est, quoties manus inferuntur, *d. l.* 1. §. 1. Sed & illa realis censetur, quæ citra illationem manuum aut læsionem corporis infertur re, aut facto aliquo, quod ad contumeliam alterius pertinet: veluti si quis vexandi causa aliquem in jus vocari curaverit, *l. injuriarum* 14. §. 3. *eod.* aut domum absentis debitoris signaverit sine auctoritate judicis, *l. si injuriæ* 20. *eod.* cui simile, quod hic proponitur de bonis quasi debitoris possessis: item si quis ad invidiam nobis concitandam mœroris indiciis publicè utatur, puta lugubri aut squalida veste, aut si demittat barbam, submittatve capillos, *l. item apud* 15. §. *generaliter* 27. *l. vestem* 39. *eod.* Cujac. 6. *obs.* 5. & alia hujusmodi, quæ vel gestu ad infamiam aut contumeliam alicujus composito fiunt, ὕβρις γὰρ οὐ μόνον ἡ ἐν λόγῳ, ἀλλὰ καὶ ἡ κατὰ πᾶν ἔργον αἰσχρόν. Eusthath. *ad Odyss.* x. add. Damhoud. *prax. crim. c.* 140. Thessaur. *dec.* 22. 9.

2 *Convitium factum*) *L. item apud* 15. §. *ait prætor* 2. & *seqq. hoc tit. l.* 5. *C. eod.* hæc injuria verbalis est. Convitium auctore Ulpiano dicitur vel à concitatione, vel à conventu, hoc

hoc est, á collatione vocum. Nam cum in unum complures voces conferuntur, id *convitium* appellari ait, quasi *convocium*. Atque ex eo apparere, non omne maledictum convitium esse, sed id solum, quod cum vociferatione dictum est, sive unas sive plures in cœtu dixerint: quod autem non in cœtu nec vociferatione dicitur, convitium non propriè dici, sed infamandi causa dictum, *d. l. item apud* 15. §. *convitium* 4. & §. *ex his* 11. *cum seqq.* Verùm hanc ethymologiam & definitionem Jurisconsulti reprehendit Laur. Val. 6. *eleg.* 52. negans, usquam apud probatos auctores reperiri hanc differentiam custoditam inter convitium & maledictum. Inter quæ (si qua est) hanc fore ait, quod convitium est maledictum contumeliosum; nec utique vociferatione semper convitium fieri. Idque probat primum auctoritate Quintiliani *Inst. lib.* 7. *cap.* 3. & Ciceronis; cujus verba in oratione *pro Cælio cap.* 3. hæc sunt: *Maledictio nihil habet propositi præter contumaciam, quæ si petulantius jactatur, convitium: sin facetius, urbanitas nominatur.* Atque ita quoque vox convitii usurpatur in *l.* 5. *C. hoc tit.* Quidquid sit, etiam verbis citra convitium injuriam fieri posse constat: veluti si quis non debitorem quasi debitorem appellaverit, *d. l. item apud* 15. §. *si quis* 32. *eod.* aut si quis puellam blandis verbis sollicitet ad stuprum, *d. l. item apud* 15. §. *appellare* 20. VINN. Consulendus hic omnino V.C. Car. Andr. Dukerus *de Latinit. JCt. Vet. p.* 191. *seq.* HEIN. Tria ferè hìc quæri solent. Primum est, an veritas convitii excuset injuriantem? Interpretes vulgo respondent, excusare, si id, quod objicitur, tale est, ut publicè intersit illud scire: veluti si quis latro, homicida, adulter, sacrilegus appelletur: eoque pertinere responsum Jurisconsulti in *l. eum qui* 18. *in pr. hoc tit.* ubi ait eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum & æquum condemnari: peccata enim nocentium nota esse oportere & expedire. Hoc autem vel maximè procedet, si infamaverit apud magistratum; quoniam tum omnino præsumitur fecisse, ut super objecto crimine, quod tamen utique probare debet, inquisitio institueretur. Alias si ex circunstantiis animus injuriandi adfuisse arguatur, veluti si in rixa id fecerit odio impulsus, petulantiam istam impunitam relinqui non debere, *l.* 3. *C. de off. rect. prov.* Sin autem quod objicitur innotescere nihil interest, puta si alter pœnam delicti sui sustinuerit, aut si vitium naturale objiciatur, claudus aliquis, luscus aut gibbosus vocetur, veritatem convitii non excusare, quominus animo injuriandi id factum præsumatur: contrarii tamen probationem hìc admittendam, *arg. l.* 5. *C. eod.* Ita ferme Gomez. 3. *resol.* 6. *num.* 2. Mynf. 4. *obs.* 4. Gail. 2. *observ.* 99. Covar. 1. *resol.* 11. *num.* 6. & 7. Clar. *lib.* 5. §. *injuria, num.* 15. Wesem. *parat. num.* 8. Atque hanc distinctionem passim iu judicando servari tradit Christin. *vol.* 4. *dec.* 202. *n.* 32. adde D. à Sande *lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 7. Alterum est, an injuriantem relevet præfatio honoris aut protestatio non animo injuriandi, veluti si quis dicat, tu es mendax, absit dicto contumelia, aut salvo honore tuo. Communis sententia est, non relevare, quia protestatio contraria facto nihil operatur: atque ita etiam pronuntiari solet, vid. Gall. 2. *obs.* 101. *num.* 1. Guid. Pap. *dec.* 465. *in fin.* Covar. 1. *resol.* 11. *n.* 1. Clar. *lib.* 5. §. *injuria* 13. Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit. decis.* 1. *num.* 3. Tertium est, an verbis factam injuriam verbis retundere liceat. Vulgo placet licere: quippe ignoscendum ei, qui se ulciscitur provocatus, *arg. l. qui cum* 14. §. *si libertus* 6. *de bon. libert.* Cæterum non quibuscumque verbis injuriam illatam repellere fas est, non iis quæ ad vindictam tendunt, sed tantùm quæ pro defensione honoris proferuntur, ad removendum crimen objectum: puta, qui vocavit aliquem latronem aut furem, ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat, tu ipse es latro aut fur: quoniam hoc tendit ad vindictam: at impune dici poterit, tu mentiris, cùm hoc tendat ad defensionem honoris & innocentiæ, vid. Mynf. *cent.* 5. *observ.* 17. Gail. 2. *obs.* 100. Tuld. *in C. hoc tit. num.* 4.

Sive cujus bona quasi debitoris) Quia cujus bona ex edicto possidentur, ejus fama & existimatio cum bonis simul possidetur, ut ait Cicero pro *Quint. cap.* 15. Est autem hæc injuria realis, cui similis species est quæ proponitur in *l. si injuriæ* 20. *hoc tit.* Ait, *ab eo qui intelligebat*, nam injuria, ut in hoc argumento accipitur, non fit sine proposito & affectu facientis, *l.* 3. §. 1. *hoc tit.*

Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen) Ad injuriam verbalem cum plerisque retulimus etiam eam, quæ scriptura fit: cujus species atrocissima est famosus libellus, sive, ut veteres locuti sunt, malum carmen. Nunc vulgo Pasquillus vocatur ex eo, quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuam hujusmodi scripta affigi soleant. Pœna mali carminis ex lege duodecim tabularum capitalis fuit: ut apparet ex loco Ciceronis 4. *de republ.* quem citat Augustinus 2. *de civ. Dei, cap.* 9. *Nostræ*, inquit, *XII. tabulæ, cùm perpau-*

cas rei capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendum putaverunt, si quis carmen condidisset, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri. Praeclarè. Judiciis enim de magistratuum disceptationibus legitimis propositam vitam, non Poetarum ingeniis, habere debemus: nec probum audire, nisi ea lege, ut respondere liceat, & judicio defendere. Sed pœna capitis postea sublata videtur: nam lege Cornelia auctor famosi carminis intestabilis esse jubetur, *l. 5. §. si quis 9. hoc tit.* ubi Ulpianus scribit: *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine, de re injuriarum agere licere, & si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilem ex lege esse juberi.* Novissime id iterum capite sancitum posteriorum Principum constitutione, quæ extat in *l. un. C. de famos. libell.* qua constitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, quem abolere debebat, in notitiam aliorum protulit. Quid ergo si auctorem indicavit? Idem adhuc dicendum censet Salicetus in *d. l. un.* quem sequitur Schneid. *hic, num. 5.* non quod auctorem edens puniatur, quasi ipse auctor sit, sed ob delictum proprium: quippe utrumque flagitiosum esse & componere famosum libellum, & publicare. Verùm hoc aliis displicet, & merito. Nam illum demum lex punit, quem auctorem esse præsumit. Indicanti verò auctorem etiam præmium alibi decernitur, *l. 5. §. ult. hoc tit.* ita ut hoc rectè factum compenset invidiam non aboliti scripti: cùm nec convinci auctor possit, si scriptum aboleatur, ut disputat D. Tuld. *hic, cap. 3.* Cæterum tum demum pœna capitis prædicta constitutione imponitur, si in libello capitale aliquod crimen objiciatur ad creandum alicui periculum. Tunc enim talioni locus est, ut eadem animadversione coerceatur auctor, qua coerceri mereretur crimen illud, quod in libello objicitur. Alias verò mitius & pœna extraordinaria hoc genus petulantiæ vindicatur, secundum Gloss. Petr. Cyn. Salic. Angel. in *d. l. un.* Joan. de Plat. & Schneid. *hic*, Gom. *3. resol. 6. num. 1.* Christin. *vol. 4. dec. 202. num. 36.* Quod autem D. Wesemb. in *add. ad Schneid.* notat, pro famoso libello eam solùm scripturam haberi, in qua objicitur speciale, certum, & capitale crimen, puta latrocinii, cædis, adulterii: sin autem nullum tale crimen objicitur, sed aut contumelia aliqua, qua existimatio læditur, ut si quis spurius in scripto nominetur; aut in genere criminosus arguatur, veluti si appelletur flagitiosus, sceleſtus, nebulo, &c. libellum famosum non esse, sed simplicem scriptam injuriam: id, siquidem vim rerum nominumque spectes, perperamque dicitur. Non male autem, si consideres, quod hodie auctor libelli non aliter capite punitur, quàm si certum & capitale crimen objiciat. Jus Canonum hanc pœnam mutavit in flagellationem rei atque excommunicationem, *cap. 1. & 3. cap. 5. quæst. 1.* Atque hodie generali consuetudine pœna famosi libelli capitalis esse desiit. Clar. *§. fin. quæst. 68. num. 25.* & Bajard. *in addit. ibid. num. 64. & seq.* Zypæ. *not. jur. Belg.* Groenew. *de ll. abrog. C. de fam. libell.* Perez. *ibid. in fin.*

Qui matremfam. aut prætextatum prætextatamve affectatus) Affectatur, qui tacitus frequenter sequitur. Assidua enim frequentia quasi præbet nonnullam infamiam. Ulpian. *l. item apud 15. §. aliud 22. hoc tit.* Quibus verbis meo judicio Jurisconsultus significat, affectationem propterea turpem esse, quia videtur quis quasi scortum sectari. Nam & hodie quoque solent homines improbi, dum sugillare volunt matronæ aut puellæ opinionem, in publico ejus adambulare, quasi scortum ad locum constitutum sectantes. Materfamilias dicitur quælibet mulier honesta, sive nupta sit, sive vidua, *l. pronuntiatum 46. §. 1. de verb. signif.* Prætextati dicebantur, qui prætexta adhuc & bulla utebantur: quod fiebat usque ad annum decimum septimum: quo tempore togam virilem sumebant, deposita prætexta puerili; ut meminit Cicero in *procœmio Lælii.* Hinc ætas prætextata Gellio *lib. 1. noct. cap. 23.* mores prætextati Juvenali *satyr. 2. vers. ult.* sermo prætextatus, qui aliis est sermo apertè obscœnus. Sueton. *in Vespas. cap. 22.* Macrob. *2. Saturn. 1.* aliis qui nihil obscœnitatis habet. Prætextatum enim sermonem quidam ab eo dictum putant, quod prætextatis nefas sit obscœno verbo uti. Alii dici putant, quod nubentibus depositis prætextis à multitudine puerorum obscœna clamentur, auctore Festo. Vide Budæum ad *l. ult. de senat.* Joan. Britan. *in d. sat. 2. vers. ult. Sic prætextatos referunt Artaxata mores.* Prætextatæ etiam puellæ dicebantur ingenuæ & innuptæ à prætextis, quas nubentes deponebant. Vinn. Injuriam quoque facere dicitur, qui à prætextato vel prætextata comites abduxerit, *l. 15. §. 17. h. t.* de quo contumeliæ genere add. Casaub. *ad Pers. Sat. 5. vers. 30.* Hein.

Pudicitia attentata) Attentari pudicitia alicujus dicitur, cùm id agitur, ut ex pudico impudicus fiat; & qui attentat, injuriam facit,

cit, atque hac actione tenetur, *l. 9. §. ult. cum l. seq. hoc tit.* Ut ecce si quis puellam aut matronam sollicitet ad stuprum, injuriam ei facit: hoc enim ipso significat, se jam opinionem aliquam de inconstantia morum ejus concepisse. Prætor appellandi verbo usus est, ut apparet ex *d. l. item apud 15. §. appellare 20. & §. aliud 22.* Appellare, ait ibi Jurisconsultus, est blanda oratione alterius pudicitiam attentare. Quod quidem non est convitium facere sed alia verbalis injuria.

Textus.

Qui & per quos injuriam patiuntur. De parente & liberis, viro & uxore, socero & nuru.

2. *Patitur autem quis injuriam non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam; id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solùm filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores à viris, non viros ab uxoribus, æquum est. Sed & socer nurus nomine, cujus vir in ejus potestate est, injuriarum agere potest.*

Commentarius.

Patitur quis injuriam non solùm directò per se, sed etiam obliquè per alias personas. Per alios patiuntur, pater per liberos, quos in potestate habet; dominus per servos; maritus per uxorem; socer per nurum, cujus vir in potestate ejus est. Etenim ad nos quoque spectat injuria, quæ iis fit, qui vel potestati, vel affectui nostro subjecti sunt, *l. 1. §. 3. hoc tit.* Injuria funeri testatoris vel cadaveris post aditam hæreditatem facta, hæredi quodammodo facta censetur. Semper enim hæredis interest defuncti existimationem purgare. Idemque est, si fama ejus, cui hæredes extitimus, lacessatur. Si verò id ante aditam hæreditatem fiat, magis hæreditatem acquiritur, *d. l. 1. §. & si 4. & §. quoties 6.*

Per liberos quos in potestate) Hìc immediatè ipsis liberis fit injuria, & mediatè per liberos patri, qui & suo & liberorum nomine injuriarum agit. Nam & ipsi quoque filio injuria fieri dicitur, persecutio tamen injuriæ patri tantùm datur; non filio: nisi pater aut præsens non sit, aut si vilis abjectæque conditionis persona, *l. sed si 17. §. ait prætor 10. cum §§. seqq. l. pater 41. hoc tit. l. C. eod.* addo tertium, nisi pater præmortuus sit. Itaque quod dicitur in *l. 1. §. ult. eod.* filiæfam. actionem competere, sic accipiendum est, ut tamen solus pater eam suo jure exerceat. Quod ex eo etiam intelligitur, quod pater illatam filio injuriam remittere & condonare potest, *d. l. sed si 17. §. planè 12.* Planè ex lege Cornelia pater injuriarum non agit, sed ipse filius; patri autem prætoria actio competit, *l. 5. §. illud 6. & seq. eod.* Usque adeo autem injuria, quæ liberis nostris fit, ad nos pertinere intelligitur, ut etiamsi illi ultro quid injuriosum patiantur, adhuc tamen nostro nomine eam injuriam persequi nobis liceat, *d. l. 1. §. usque 5. l. si quis 26. eod.*

Per uxorem) Etiam per uxorem injuria intelligitur fieri marito. Et ideo non tantùm uxor, si sui juris est, injuriam sibi factam exequi potest; sed etiam maritus suo nomine agere tamquam per latus uxoris sibi quoque simul injuria illata sit, *l. 1. §. ult. l. non solùm 11. §. quamquam 7. l. eum qui 18. §. 2. eod.* quod in sponso quoque & sponsa receptum est, *l. item apud 15. §. sponsum 24. eod.*

Filiæ alicujus, quæ Titio nupta) Hìc igitur ex una injuria tribus personis actio nascitur, Titio marito, uxori Titii, & patri uxoris, neque ullius actio per alium consumitur, *d. l. 1. §. ult.*

Uxor injuriarum agere non potest) Si verò facta sit injuria, uxor non agit, *l. 2. eod.* Cujus rei causa hæc esse videtur, quia uxores virorum, non contra viri uxorum dignitatem participent, *l. 8. de senat.*. Quare qui uxoris dignitatem violat, simul mariti dignitatem, quæ in ea inest, violare intelligitur: non contra: ὅτι ὁ ἀνήρ ἐςι κεφαλὴ τῆς γυναικὸς. *Paul. ad Ephes. cap. 5. vers. 23.* Planè si injuria marito facta directò quoque tendat ad contumeliam uxoris, veluti si quis maritum appellet lenonem uxoris suæ: hoc casu etiam uxori actionem competere statuunt interpretes. Vinn. Hæ rationes hodie non malæ sunt, originem tamen hujus juris non indicant. Videtur potius ex iisdem rationibus marito actio data ob injuriam uxori illatam, ob quas patri data propter injuriam filiofam. factam. Uxores enim vetere jure fuisse loco filiarumfam. jam alibi demonstravimus. Vid. *Antiqu. nostr. Rom. 1. 10. 6. p. 135.* Sed postea rejecto hoc principio, conclusio mansit, quemadmodum mansit prohibitio donationum inter virum & uxorem, ex eodem principio derivanda. Hein.

Sed & socer, &c.) Itaque nomine injuriæ factæ filiæfamil. nuptæ filiofam. quatuor perso-

næ actionem habebunt, illa ipsa, pater ejus, & maritus, & socer. Per *hunc text.* contra quem socero actionem denegat D. Tulden. *c. 9.*

TEXTUS.

De servo.

3. *Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & uxores; sed ita quum quid atrocius commissum fuerit, & quod apertè ad contumeliam domini respicit: veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit; & in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit; nulla in eum actio domino competit.*

COMMENTARIUS.

Duo hìc docemur. 1. servis, qua servis, non intelligi injuriam fieri; adeo contemptos & pro nullis habitos apud Romanos fuisse. Proinde si servo convitium factum sit, aut pugnus impactus, ne domino quidem actionem injuriarum competere convenit, *l. item apud. 15. §. itaque 44. hoc tit.* 2. si quid atrocius in servum admissum fuerit, & quod apertè ad contumeliam domini respiciat, dominum suo nomine injuriarum agere posse, quasi hìc non servo, sed ipsi domino injuria illata sit, *d. l. item apud 15. §. si quis. 35.* Ex quibus efficitur, leviorem injuriam servo factam, veluti si leviter percussus sit, vel maledictum ei leviter, ad sugillationem domini factam non videri: alioqui utique domino actio daretur, *d. l. item apud. 35.* junct. §. 44. Deinde ne atrociorem quidem vindicari, nisi appareat, eam servo factam in contumeliam domini. Et hoc quidem efficit summi juris ratio, quo servi pro nullis habentur. Cæterum prætor, ut passim, ita hìc quoque æquitatem secutus, graviorem injuriam, licet servo factam, & citra contemplationem domini, inultam non reliquit. Et esset sanè perabsurdum, inultum prorsus manere, si quid atrocius privato odio & libidine in servum sit designatum. Igitur hoc casu dominus injuriam servo factam persequetur nomine servi, *d. l. item apud. 15. §. prætor. 34. cum seq. & §. prætor. 43. cum seq.*

TEXTUS.

De servo communi.

4. *Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri; sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.*

NOTÆ.

4. *Ex dominorum persona*) Per enim absurdum esset, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari, veluti si unus sit senator, alter persona humilis, *§. 9. infr. eod.* Nec obstat *l. 16. eod.* Vide plura in comment.

COMMENTARIUS.

Ob injuriam servo communi factam singulis dominis pro ratione dignitatis ipsorum actio datur. Cujus rei summa æquitas est: nam quod in disjunctis valet, etiam in conjunctis valere par est. Denique si ubi major est dignitas, ibi major & atrocior injuria infertur, *§. atrox. 9. infr. eod.* iniquum esset, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari. Quod si alterius injuria major est, (cùm forte is senator sit, alter persona humilis,) majorem quoque pœnam statui oportet. Neque obstat, quod ex Pedio Paulus refert in *l. sed non. 16. eod.* non esse æquum, in casu proposito pro majori parte condemnationem fieri, quàm pro qua quisque dominus est: quoniam ibi non quæritur, utrum ex persona dominorum injuria æstimanda sit, an pro portione dominica; sed utrum id, quod in fine legis præcedentis dictum erat, omnes dominos actionem habere, sic accipiendum sit ut omnes habeant in solidum, an pro parte dominica dumtaxat: & respondetur, actionem quidem omnes habere, sed non pro majori parte, quàm pro qua domini sunt. Ex quo minimè efficitur, in æstimanda ea portione, personam & qualitatem dominorum non simul spectari: immo verba Pauli contrarium arguunt, cùm portiones officio judicis æstimari dicit.

TEXTUS.

De servo fructuario.

5. *Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mævii, magis Mævio injuria fieri intelligitur.*

COMMENTARIUS.

Si servo injuria facta sit, in quo unus proprietatem, alter usumfructum habet, magis est ut proprietario injuria facta intelligatur, quàm ei qui habet usumfructum, *d. l. item apud. 15. §. antepen. eod.* Quod enim ususfructus alienus est, id non efficit, quo minus

res tota adhuc nostra esse dicatur, *l. rect. 25. de verb. sign.* sed hoc obtinet in re dubia servoque atroci injuria affecto. Non si apertè in contumeliam usufructuarii verberatus sit, usufructuario injuriarum actio datur, *d. l. item apud. 15. §. pen. eod.*

Textus.

De eo qui bona fide servit.

6. Sed si libero homini, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit. Tunc enim competit & tibi injuriarum actio. Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi serviente, ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta est.

Commentarius.

Si iis, qui nobis bona fide serviunt, injuria facta sit, si quidem liberi sunt, nulla nobis actio competit, sed ipsi suo nomine experiri possunt: sin servi alieni, dominus injuriarum agit. Sed hic si in contumeliam nostram pulsati sunt, non domino, sed nobis actio datur, *d. l. item apud. 15. §. antepen. & pen. eod.* His consequens est, ut si famulo, mercenario, procuratori, vel subdito alicujus injuria facta sit, dominus ex hac injuria non aliter agere possit, quam si in ejus contumeliam illata sit, verbi causa, mandata ejus exponentibus vel exequentibus. Gom. 3. *resf. 6. n. 6.* Schneid. *hic. n. 2.* Tuld. *cap. 9.*

Textus.

Pœna injuriarum ex l. XII. Tabb. & ex jure Prætorio.

7. Pœna autem injuriarum ex lege 12. tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os verò fractum nummariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam æstimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex lege 12. tabularum introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem prætores introduxerunt, (quæ etiam honoraria appellatur) in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem crescit aut minuitur æstimatio injuriæ. Qui gradus condemnationis & in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito jus æstimationis constituatur.

Notæ.

7. *In desuetudinem abiit*) Cujus desuetudinis causa fuit Veratius homo insigniter improbus, qui viginti quinque assibus datis pro oblectamento habebat os liberi hominis depalmare, Gell. *noct. Lib. XX. cap. 1.*

Commentarius.

1 *Quæ quarum injuriarum pœna ex lege 12. tabb.*
2 *Instituto prætorum quomodo injuriæ vindicentur?*

Injuriæ & legibus coercentur & edicto prætoris. Lex antiqua XII. tabularum de omni injuria nominatim cavit, de carmine seu libello famoso, de membro rupto, de osse fracto, deque cæteris injuriis omnibus, quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri ossisve ruptionem, ut constat ex Gellio *lib. 20. noct. 1.* & Paulo *lib. 5. sent. 4.* De pœna famosi libelli dictum superius §. 1. *hoc tit.* Ob membrum ruptum lex pœnam talionis constituit: ob os fractum, pecuniariam; uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti assibus sanxit; nam atrociores, ut de osse fracto impensiore damno vindicasse, pecuniario tamen, idem eodem loco Gellius testatur; cui & Justin. consentit; sed neuter summam exprimit. Putat Hotomannus, hujusmodi injuriam in homine libero trecentis assibus: in servo centum & quinquaginta vindicatam: alii tot sestertios pœnæ fuisse autumant. Sed non est quod de eo solliciti simus: quoniam pœnæ legis duodecim diu exolcverunt, aliaque pœna à prætoribus substituta est, de qua mox videbimus. Cæterum & lex Cornelia, quæ manu fiunt, injurias coercet, vid. §. *seq.*

Talio erat) Talio similem seu reciprocam perpessionem significat. Impp. dixere reciprocam pœnam, *l. 3. C. Theod. de exhib. reis.* Itaque per talionem parem vindictam lex permittit: quod etiam legi Mosaicæ consentaneum est, *Exod. 21. Levit. 22. Deut. 15.* Joseph *antiq. 4. cap. 6.* Insectatur hanc pœnam ut iniquam nimisque acerbam & cujus executio ne procedere quidem possit, Phavorinus Philosophus apud Gell. *lib. 20. cap. 1.* Cui occurrens Sextus Cæcilius ait, necesse non fuisse, ut reus talionem pateretur, nisi eam ipse elegisset, quippe qui ex lege facultatem paciscendi habuerit. Sed & talionem ipsam, si reus

reus depacisci nollet, & acerbitatem talionis metuerit, ad æstimationem pecuniariam arbitrio judicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depacisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, æstimata lite in pecuniam damnatum: atque ita si reo & pactio gravis & acerba talio visa fuerat, severitatem legis ad pecuniæ multam rediisse. Verba legis hæc sunt: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* Testibus Gellio *d. loc.* & Festo in verbo *Talio.*

Propter os fractum) Singula ossa membrum non constituunt. Nam, verbi gratia, caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia ossa habet. Itaque os frangi etiam sine membri ruptione potest.

Nummariæ pœnæ.) Uti & ob cæteras injurias minus atroces: sed pœna ossis fracti longè gravior erat, quàm reliquarum, quæ tantùm viginti quinque æris fuit, ut supra demonstravimus.

In magna veterum paupertate) His verbis Tribonianus innuere videtur, pœnas illas nummarias non fuisse valde graves, cæterum magnas satis veteribus visas in magna rei nummariæ penuria. Unde D. Tuldenus se aliquando respondisse refert, multas quæ antiquis urbium Belgicæ constitutionibus adversus percutientes aut vulnerantes aliquem diriguntur, hodie non obtinere. Nam apud majores nostros ut aliarum rerum beatam & facilem copiam, ita nummorum longè quàm hodie minorem fuisse. De maximo veterum Romanorum sub Servio Rege censu, vid. Dion. Halicarn. *lib.* 1. Gell. *lib.* 11. *cap.* 1. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3.

2 *Sed postea prætores*) Injuriam pœna instituto prætorum prius ei, cui facta est, deinde arbitrio judicis æstimanda permittitur; ut scilicet is, qui injuria est affectus, ita dicat, *Injuriam mihi factam centum aureis æstimo.* Judex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris. Hac pœna recepta, legitima ab usu recessit. Q. Labeo apud Gellium *d. lib.* 20. *cap.* 1. refert, fuisse quemdam Lucium Veratium hominem insigniter improbum, qui pro delectamento habebat, os hominis liberi manus suæ palma verberare: eum secutum servulum crumenam assium plenam portitantem, & quemcumque depalmaverat, ei munerari statim secundum XII. tab. 15. asses jubebat. Propterea, inquit prætores hanc pœnam abolescere & relinqui censuerunt, injuriisque æstimandis recuperatores se daturos edixerunt.

Secundum gradum dignitatis vitæque honestatem) Æstimatio injuriæ pro ratione personæ, cui facta est, elationem submissionemve accipit. Idque in persona servi quoque locum habere, tradit hic Justinianus. Nimirum injuriam etiam servo factam pro honestate aut vilitate muneris, cui à domino præpositus est, aut vitæ morumque, pluris aut minoris æstimari, majorem enim domino injuriam fieri intelligi in servo bonæ frugi, in dispensatore, quam in male noto, in mediastino aut quali quali, *l. item apud.* 15. §. *itaque* 44. *hoc tit.*

Textus.

De lege Cornelia.

8. *Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit.*

Commentarius.

1 *Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum judicium, sed non publicum constitutum fuisse.*

TRes sunt causæ, ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit, quod quis pulsatus verberatusve, domusve ejus vi introita sit, *l.* 5. *hoc tit.* Nam etsi actio prætoria ad omnes injurias pertineat, tam quæ manu, *l.* 7. §. 1. & 2. *eod.* quàm quæ verbis fiunt, eam tamen non nisi civiliter instituere licebat. Ex lege autem Cornelia criminale judicium constitutum est, quamquam postea receptum, ut ex ea lege civiliter quoque agi possit, *l. constitutionibus* 37. §. 1. *eod.* Publicum fuisse judicium quidam putant, sed hoc refellit *l. licet.* 42. §. 1. *de procur.* & quod generaliter traditum est in *l.* 7. *C. hoc tit.* causam injuriarum non publici judicii, sed privati querelam continere; ideoque nec inter publica judicia vel in *l.* 1. *de publ. jud.* vel in *tit. ult. hujus libri* numeratur. Utique ex eo quod in *l.* 12. *in fin. de accus.* mentio fit legis Corneliæ injuriarum, non continuo evincitur, judicium illud publicum fuisse, executionemque injuriæ, tamquam delicti publici, patuisse omnibus: quod est proprium judiciorum publicorum. Legem hanc tulisse videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore rempub. constituebat, bello civili & cædium impunitate ac proscriptione jactatam.

Pulsatus vel verberatus) Ofilius scribit, *verberare* esse cum dolore cædere, *pulsare*, sine de-

dolore, *d. l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Latinæ autem linguæ consuetudinem qui spectat, facile observavit, differentiam illam non perpetuo servari. Vinn. Aliquando tamen & veteres auctores distingunt *τὸ pulsare* & *τὸ verberare*, tamquam minus & majus. Vid. V.C. Car. Andr. Duker. *de Latin. Vet. JCt. p.* 147. Hein.

Domum autem accipimus) In lege Cornelia domus nomine etiam conducta & precaria & hospitalis intelligitur, *d. l.* 5. §. 2. unde hæc descripta sunt. Denique ad domos omnes lex pertinet, in quibus quis non momenti causa inhabitat, licet ibi domicilium non habeat: tantùm enim ad meritoria vel stabula non pertinet, *d. l.* 5. §. *si tamen* 5. *eod.*

Textus.

De æstimatione atrocis injuriæ.

9. *Atrox injuria æstimatur, vel ex facto, veluti si quis ab alio vulneratus sit, vel fustibus cæsus; vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu prætoris injuria facta sit; vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti patronove fiat à liberis vel libertis. Aliter enim senatoris & parentis patronique; aliter extranei & humilis personæ injuria æstimatur. Nonnumquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrifamilias an filiofamilias talis injuria facta sit; nam & hæc atrox injuria æstimabitur.*

Commentarius.

1 *Pœna injuriæ, magistratui, officiali aut apparitori factæ, quatenus extendantur ex sententia Interpretum.*

Injuria quædam levis est, quædam atrox. Quæ sit injuria levis, ex descriptione atrocis simul intelligitur. Atrocem injuriam accipimus quasi contumeliosiorem & majorem, *l.* 7. §. *atrocem.* 7. *hoc tit.* eoque vel specie talis est, neque ipsa & facto; vel ex circumstantiis, loco, tempore, persona tum facientis, tum patientis, talis habetur, quamvis per se atrox non sit, *d. l.* 7. §. *ult. cum ll. seqq.* Atque ex his causis injuriæ æstimatio augeri potest, & pœna judicis arbitrio exasperari. Exemplis res illustratur in textu.

Vel ex facto) In æstimando atroci injuria primum factum perpenditur, veluti si vulnus illatum sit, si quia fustibus cæsus, aut cui os percussum, *d. l.* 7. *in fin.* vel si vestimenta scissa, aut insigne alicui convitium factum, &c. *l.* 9. *fere per tot. eod.* Itaque pro atroce & illa habenda, quæ fit malo carmine. Liban. *orat.* 2. *ad Theod.*

Vel ex loco) Secundo æstimatur atrocitas injuriæ ex loco, in quo fit, veluti si in theatro alicui injuria fiat, quamtumvis per se non atrox. Nam in tanta celebritate vel qualiquali contumelia aliquem efficere, facinus est indignissimum. Idem ergo dicendum est de foro & similibus locis, *hoc text. & d. l.* 9. §. 1. *eod.* & denique si injuria facta sit ludis aut in conspectu magistratus: quæ ad circumstantiam temporis referuntur in *d. l.* 7. §. *ult. eod.*

Vel ex persona) Postremo & personæ reverentia atrocem injuriam facit; veluti si ei inferatur, qui est in sacerdotio, & dignitatis habitum atque ornamenta præfert, *l.* 4. *C. hoc tit.* vel si liberi aut liberti parentem patronumve injuria afficiant, vel de plebe aliquis senatorem, virumve ob sapientiam & virtutem venerabilem, aut si magistratui injuria fiat, *hoc text. & d. l.* 7. §. *ult.* Tertullianus *de anima*: *Gravis injuria in præsidem est, cùm officia pulsantur: plus cæditur qui jubet, quando nec qui obsequitur, excusatur.* Hanc autem 1 injuriam etiam capitali pœna posse compesci, censent Decius *in cap. ex litteris.* 11. *x*. *de constit.* Menoch. *de arbitr. cas.* 239. quamquam alii interesse putant, utrum magistratui, ut cuilibet, an qua magistratui, id est, ad turbandam administrationem officii, aut in ultionem condemnationis rite per eum irrogatæ, aut ad seditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id enim in seditionem cadere aut in legem Juliam de vi publica, cujus pœna est deportatio, *l.* 3. *l. qui dolo.* 10. *per tot. ad. l. Jul. de vi publ.* quibus assentior. Vide Tulden. *tit. C. de pœn.* Offendens apparitorem sive principis, sive senatus, sive alterius domini aut judicis inferioris, gravissimè puniendus est, quod ea res ad publicam utilitatem tuendamque magistratuum jurisdictionem pertineat. Sed tamen ex causa aliter atque aliter statui solet, vid. Ant. Fab. *C. suo, hoc tit. definition.* 6.

Locus vulneris) Interdum atrox injuria censetur ex loco ictus, veluti si quis in oculo percussus fuerit, *l.* 8. *eod.* Nam oculi, ut Plin. *lib.* 11. *c.* 37. ait, sunt pars corporis pretiosissima, qui lucis usu vita distinguunt à morte, ὀφθαλμοὶ γὰρ εἰς ἀβίωτον βίον ἐργάζεται. Basil. *orat.* 36. Sed hæc species ad primam referri potest, quæ scilicet ipso facto atrox est.

Utrum patrifam. an filiofam.) Utrum injuria pa-

patri an filiofam. facta sit, ad augendam aut minuendam injuriæ æstimationem nihil interest, *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Cujus rei hæc ratio esse videtur, quod patris aut filiif. nomen non est nomen dignitatis.

TEXTUS.

De judicio Civili & Criminali.

10. *In summa, sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et siquidem civiliter agatur, æstimatione facta, secundum quod dictum est, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur. Hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres, quique super eos sunt, & per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere secundum ejus tenorem, qui ex ipsa manifestius apparet.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionem ad palinodiam, jure civili incognitam, civilem esse, non criminalem.*
2 *In actione criminali pœnam extra ordinem constitui. Civili electa, hanc consumi, & contra.*
3 *Civiliter conventus qua ratione infamiam effugiat? Ubi quædam consuetudine recepta.*

Quemadmodum de furto, aliisque maleficiis non tantùm civiliter agi potest, sed etiam criminaliter, *l. ult. de furt. l. ult. de priv. del.* ita etiam de quavis injuria, *hoc text. & l. ult. eod.* In actione civili postulat actor, ut reus in tantam summam condemnetur, quantam ipse injuriam æstimat. Cæterum judex eam æstimationem moderari potest, si forte modum excedere actor videatur, nec ex vero rem metiri, sed ut plerumque fit, ex nimio amore & opinione sui nebulam hic etiam objiciente iracundia, *§. pœna. 7. sup. eod.* Hæc autem pœna uti pecuniaria est, ita ipsi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideo hæc actio opposita criminalis civilis dicitur, quamvis prætoria sit ratione causæ efficientis. Porro quoniam opinione vulgi convitiis, maledictis atque exprobrationibus honor & fama alterius lædi creditur, & per revocationem opprobrii restitui, ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam seu recantationem, quæ cum actione injuriarum, quæ multa pecuniaria petitur, tunc ex more seu stylo conjungi & cumulari solet: nam jure civili Romanorum ea actio incognita est. Vir Clarissimus Ant. Matth. *ff. ad hunc tit. cap. 3. n. 7.* Criminalem hanc esse actionem contendit Marant. *part. 4. dist. 1. n. 10.* Sed falso. Neque enim in hoc instituitur, ut vel corpori pœna infligatur, vel quicquam applicetur fisco: sed tantùm ut honori & existimationi ejus, qui læsus est, consulatur, & alioqui æmulatio ista non admitteretur. Mynf. *2. obs. 98.* Gail. *1. obs. 65.* Wurmf. *1. pract. tit. 47. obs. 8.* Criminali actione poscitur vindicta in exemplum publicum, atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio judicis pœna constituitur, reusque coercetur vel in corpus, vel irrogatione multa, non parti, ut fit in judicio civili, sed fisco applicandæ, *hoc text. d. l. ult. eod.* Utram autem ex his persecutionibus actor elegerit, una alteram consumit: quia utraque ad eumdem finem, id est, ad vindictam comparata est, *l. 6. & 7. §. 1. eod. l. unic. C. quand. civil. act. crim.* & ibi Bart. *num. 2.* Gail. *d. obs. num. 1.* Marant. *dict. distinct. num. 5.* Matth. *dict. loc. num. 8.* Sed & utroque judicio condemnatum sequitur infamia, *leg. 7. in pr. hoc. tit. leg. 1. leg. 4. §. ult. de his qui not. inf. leg. non damnatos. 18. C. eod.* Quam tamen evitare reus civiliter conventus poterit, si curet, ut per procuratorem defendatur, *l. 6. §. 2. d. tit.* fac. ratio in *l. 1. C. de sent. & interl.* Addunt ergo interpretes, si ante sententiam definitivam aut utique ante litem contestatam æstimationem injuriæ solverit, aut actore nolente recipere apud acta deposuerit, *arg. l. si reus. 73. de procur.* Gail. *2. obs. 102. num. 12. & obs. seq. per tot.* Wurmser. *d. tit. 47. obs. 5. num. 7.* Wesemb. *parat. de his qui not. infam. num. 9.* Christin. *vol. 4. decis. 202. num. 26.* Quod nescio an juri nostro consentaneum sit. Nam textus in *d. l. si reus. 73. de procur.* commodè accipi potest de iis, qui tantùm damnati infames fiunt, non etiam qui & pacti, ut in causa injuriarum, cùm etiam plus sit solvere, quàm pacisci, *arg. l. 4. §. ult. cum leg. seq. junct. l. 7. de his qui not. inf.* Illud quoque non ex ratione juris, sed consuetudine receptum est, ut judex ex causa sententia sua honorem condemnato conservare possit. Gail. *1. obs. 65. num. 6.* Wesemb. *cons. 22. num. 26.* Marq. Freher. *de existim. lib. 3. cap. 8. & seq.* Christin. *vol. 4. num. 20. dec. 202.* Equidem non ignoro, juris esse, ut gravior pœna ultra legem imposita existimationem conservet, quasi sententia de existimatione transactum sit, *l. quid ergo. 13. §. pen. de his qui not. infam. l. 4. C. eod.* Cæterum si sententia pœnam ordinariam non excedat, valet legis auctoritas, *l. 1. §. quoniam 4. ad SC. Turp.*

&

& regula tradita in *l. non poterit.* 63. *de furt.* Zas. *in l. acta.* 45. §. *de amplianda* 1. *de re judic.* Donell. 18. *comm.* 8.

Viri illustres & per procuratores) Ad actionem civilem quod attinet, agere quis injuriarum & per se & per procuratorem potest, *l. non solùm.* 11. §. 2. *h. t.* criminaliter non potest, nisi per se, propter inscriptionem in crimen. Cæterum Zeno constitutione sua illustribus, veluti consulibus & patriciis, & superillustribus personis, specialiter permisit, ut injuriarum judicium per procuratorem etiam criminaliter vel suscipere vel movere possint, *leg. ult. C. hoc. tit.* De consuetudine autem Belgii in causa injuriarum procuratores indifferenter admitti testatur Christin. *vol. decis.* 202. *n.* 7. Bus. in *l. licet.* 42. §. 1. *de procur.* VINN. Et id ubique observatur, partim quia inscriptio hodie cessat, partim quia non amplius aliquis usus est dominii litis. Cessante autem caussa unica & adæquata, effectum etiam cessare oportere palam est. HEIN.

TEXTUS.

Qui tenentur injuriarum.

11. Non solùm autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verùm ille quoque tenetur, qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit, ut cui mala pugno percuteretur.

COMMENTARIUS.

Actio injuriam non solùm adversus eum datur, qui re ipsa injuriarum fecit, verùm adversus eum quoque, qui subornavit aliquem, ut faceret, *l. non solùm.* 11. *pr. h. t.* puta, mandando, instigando, consilium dando, *d. l.* 11. §. 3. Add. quæ notamus ad §. *illud* 7. *sup. de mand.*

TEXTUS.

Quomodo tollitur hæc actio.

12. Hæc actio dissimulatione aboletur, & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.

COMMENTARIUS.

1. *Remissa injuria adhuc peti posse impensas, &c.*
2. *Cur dissimulatione injuria aboleatur?*
3. *An idem obtineat & in reali injuria?*
4. *Plures species tacitæ remissionis: inter eas non esse communionem cœnæ dominicæ.*
5. *Annus in actione injuriarum utilisne intelligendus, an continuus: & ex quo tempore currat?*
6. *Actionem injuriarum ex lege Cornelia perpetuam esse.*

Injuriarum actio tollitur remissione injuriæ. Eaque vel expressa, puta si quis cum adversario paciscatur de lite, aut transigat: quod in actionibus, quæ ex contractu proficiscuntur, facere licet etiam absque infamiæ nota, *l.* 7. *h. t.* atque hoc modo ipso etiam jure hæc actio tollitur, *l. si tibi.* 17. §. 1. *l. si unus.* 27. §. 2. *de pact. l. sed si.* 17. §. *si ante.* 6. *hoc tit.* Quin & absente atque ignorante adversario injuriam remitti posse, censent juris nostri interpretes. Cæterum remissa injuria, nihilominus peti possunt impensæ curationis & pretium intermissarum operarum, si forte vulnus illatum, membrum aut os fractum. Quippe quæ ob damnum, non ob contumeliam debentur, *l. item apud.* 15. §. *si quis.* 46. *eod.* Clar. *lib.* 5. §. *fin. qu.* 58. *num.* 38. Covar. 2. *resol.* 10. *num.* 7. Gomez. 3. *res.* 3. *num.* 37. Vel tacita, veluti si quis sine ullo offensæ aut commoti alienative animi indicio, injuriam excepit, ut hic docet Justinianus ex Ulpiano in *d. l.* 11. §. 1. *hoc tit.* Ubi Jurisconsultus ait, injuriarum actionem ex bono & æquo esse, & dissimulatione aboleri, si quis injuriam illatam statim ad animum non revocaverit. Quibus verbis significat, dissimulationem esse speciem quamdam condonationis & remissionis injuriæ; iniquum autem esse repeti, quod semel remissum est. Et profecto cùm actio injuriarum non persequatur damnum aliquod pecuniarium, sed tantùm ad vindictam tendat, is qui dissimulat, nec animum injuriam revocat, eam insuper habere videtur, & tacitè condonare ac remittere: atque hinc est, quod clausula hæc libello inseri solet, quod actor injuriam sibi factam ad animum revocaverit. Hoc autem obtinere quidam volunt in injuria verbali dumtaxat. In reali verò, puta si vulnus inflictum, si quis fustibus cæsus, conjecturam illam non sufficere. Tulden. *hic. cap. ult.* Dissimulationis quoque & tacitæ remissionis species quædam videtur, si quis cum eo, à quo injuria affectus est, familiariter postea fuerit conversatus. Clar. §. *injuria, num.* 10. Damhoud. *prax. crim. cap.* 136. *num.* 10. Utique si sponte & motu proprio. Nam verbi causa, si ad commune convivium vocatus cum adversario venerit, non ideo censetur remissa injuriarum actio. Sicut nec commune cœnæ dominicæ, uti definivit Curia Frisiæ, teste D. Joan. à San-

Sande *lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 12. Ant. Matth. *ff. hoc tit. num.* 15. quem vide. Nai rai. Item si injuriam passus lite non instituta decesserit: nam ideo hæredi ejus non datur, cum cæteræ actiones pœnales etiam hæredibus competant, *l. injuriarum.* 13. *in pr. hoc tit.* §. 1. *infr. de perp. temp. act.* Et denique si tempus instituendæ huic actioni præfinitum elabi passus sit, annum nimirum unum, *l. sed si* 17. §. *si ante.* 6. *in fin. hoc tit. l.* 5. *C. eod.* Utrum autem hic annus continuus sit, an utilis ambigitur. Continuum intelligi debere communis DD. schola existimat, Clar. *d.* §. *injuria. numer.* 9. Mynf. 5. *obs.* 7. quæ sententia etsi usu forensi recepta est, de jure tamen verior videtur eorum, qui utilem accipiunt, per text. in *l. item si.* 14. §. *si causa.* 2. *quod met. ca.* & facit quod in cæteris prætoriis annalibus annus utilis intelligitur, ut constat ex edictis, quibus proponuntur. Dicitur autem tempus utile tum ratione decursus, ut in eo non computentur dies, quibus experiundi, aut judicis adeundi potestas non est, *l.* 1. *in fin. de divers. & temp. præscr. l.* 3. §. *ult. de accus.* tum ratione initii, quod non incipiat currere ignorantiam experiri impedito, *d. l.* 1. *de div. & temp. præscr. l.* 2. *quis ord. in bon. poss.* atque hoc saltem respectu utilem hic annum accipiendum, qui à die scientiæ demum currat; contra Oldend. *class.* 7. *act.* 10. Schneid. *ad* §. *sed &* 8. *hoc tit.* & alios quosdam, recte docent Gail. 2. *obs.* 105. Mynf. 5. *obs.* 7. *num.* 7. Fachin. 9. *cont.* 8. Christin. *vol.* 4. *decis.* 202. *num.* 8. 9. & 10. Planè quod dicimus, actionem injuriarum anni spatio finiri, id tantùm pertinet ad actionem prætoriam: nam eam, quæ ex lege Cornelia injuriarum competit, verius est, perpetuam esse, uti sunt & cæteræ, quæ ex legibus & jure civili descendunt, *inf. de perp. & temp. actio. in pr.* Clar. *d.* §. *injuria, n.* 9. Marant. *par.* 4. *distinct.* 1. *n.* 59. Fachin. 9. *controv.* 7. quod etiam rerum judicatarum auctoritate confirmatur. Mynf. 1. *obs.* 84. & 5. *obs.* 7. Gail. 2. *obs.* 105. Wurmser. *tit.* 47. *de injur. observ.* 1. *dec. Cur. Holl.* 13. D. Joan. à Sande *lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 3. Non obstat huic sententiæ *l.* 5. *C. hoc tit.* Nam illa non de omni injuria loquitur, sed de verbali dumtaxat; quo nomine constat ex lege Cornelia injuriarum agi non posse.

6

TITULUS QUINTUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 5. *C. Lib.* 9. *Tit.* 3.

Continuatio. Quid sit quasi maleficium & unde ita dictum?

QUarta & ultima obligationis causa est quasi maleficium, de quo exponendo hic solus locus superest. Quasi maleficium est omne factum, quo quis propriè quidem dici non potest deliquisse, sed tamen quod maleficio est proximum. Etenim ut quædam sunt negotia, quæ licet revera contractus non sint, tamen ad fines contractuum proximè accedant, & ideo quasi contractus nominantur; ita quædam etiam sunt facta, quæ quamvis propriè in speciem aliquam delicti non cadant, tamen similitudine quadam ad delicta propius accedunt, quàm ad contractus: quæ ideo nostri *quasi maleficia* & *quasi delicta* appellaverunt: quorum quatuor species hoc tit. proponuntur & explicantur.

TEXTUS.

Si judex litem suam fecerit.

Si judex litem suam fecerit, non propriè ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intelligitur licet per imprudentiam; ideo videtur quasi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.

COMMENTARIUS.

1 *Cur judex per imperitiam male judicans non æquè ex delicto obligetur ac medicus male curans? & citra hoc mores hodierni.*
2 *Cur, adversus quem, qua de re, ex hac causa actio detur?*
3 *Dolus judicis quomodo puniatur?*

SPecies quasi maleficii & prima ex iis, quæ hoc titulo proponuntur est, si judex male per imprudentiam judicaverit; quo etiam hoc factum refert Cajus, *l.* 5. §. *si judex.* 4. *de obl. & act. l. ult. de extr. cogn.* unde ad verbum hic locus descriptus est. Ajo, per imprudentiam-

dentiam ; nam dolo malo interveniente verum id delictum est. Dices, & per imprudentiam sive imperitiam aliquem lædere verum esse delictum : quippè cùm sit culpa : ideo enim medicum male per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari & 1 teneri lege Aquilia , §. *imperitia*. 7. *supr. de leg. Aquil.* Cur igitur non item dicimus , judicem perperam per imprudentiam judicantem ex vero delicto obstringi , sed tantùm quasi ex delicto : Nimirum quia medicis periculosam imperitiam delicto subjicit temeraria professio scientiæ ; Judex autem non professione jurisprudentiæ censetur , sed publica auctoritate constituitur , etiam invitus. Etenim imperitia per se culpa non est : sed in eo, qui peritiam alicujus rei profitetur , in ea re culpæ adscribitur, *l. 9. §. penult. l. item quæritur. 13. §. si gemma 5. locat.* Denique casus hic separatus est à lege Aquilia , qua damnum corpori datum dumtaxat coercetur , §. *ult. supr. de leg. Aquil.* Moribus hujus ævi neque errata medicorum in judicium vocari solent , ut alibi quoque notavimus ; neque judex ex sententia sine dolo malo tantùm per imperitiam prolata tenetur ; sed iniquitati sententiæ occurrendum est remedio appellationis : testis D. Tulden. *hìc. cap.* 1. & Joseph. Ludovic. *dec.* 1. *num.* 50. Baro. *comment. part. ult.* Burgnon. *lib.* 1. *de leg. abrog. Satyr.* 2. *&* 124. add. Papon. *lib.* 16. *tit.* 2. *arrest.* 12. 13. 14.

Litem suam fecerit) Litem suam facere judex male judicando ideo dicitur,quia periculo litis se obstringit , causamque ejus, secundum quem pronuntiatum est , suscipere cogitur, & quasi suam defendere. In summa, quia ex judice ut reus. Cicero 2. *ad orat. cap.* 75. *Quid si , cùm pro altero dicas , litem tuam facias ? &c.*

Licet per imprudentiam) Judex male judicando litem suam facit , non tantùm cùm dolo malo iniquè decernit , sed etiam cùm imprudenter : sed illo casu ex vero, hoc ex quasi delicto obligatur , *d. l. 5. §. si judex 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn. l. filiusfam. 15. §. 1. de judic.*

Æquum religioni judicantis) Judex , qui per imprudentiam male judicavit , tenetur quasi ex maleficio actione in factum , & in id, quod ob eam rem æquum judici videbitur, condemnatur salva existimatione , *d. l. ult. de* 2 *extr. cogn.* Hæc actio iis constituta est, qui ex sententia læsi sunt ; proinde actori , si reus injustè absolutus est , reo si injuria est condemnatus : quod ex fine hujus actionis intelligitur,quippe quæ comparata est damni sarciendi causa : aliis autem sarciri non potest , quàm quibus datum est. Ei , qui remedio appelationis utitur , quod hodie in casu proposito necessarium est , non est æquum adversus judicem,à quo appellavit,hanc actionem dari. Dolus judicis ut verum & infame delictum se- 3 verius vindicatur : nam qui τὴν χεῖρα μιαίνων δώροις:largitione, odio, vel gratia depravatus iniquam sententiam dixisse arguitur, & famæ dispendium patitur, & veram litis æstimationem ei , quem læsit , præstare cogitur , *l. filiusfam. 15. §. 1. de judic. l. ultim. C. de pœn. jud. qui male jud.* Acceptio pecuniæ etiam reum legis Juliæ repetundarum facit , *l. 3. & 4. de leg. Jul. rep.*

Textus.

De dejectis , vel effusis , & positis aut suspensis.

1. Item is, cujus ex cœnaculo, vel proprio ipsius , vel conducto, vel in quo gratis habitat , dejectum effusumve aliquid est , ita ut alicui noceret , quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non propriè ex maleficio obligatus intelligitur , quia plerumque ab alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte , qua vulgo iter fieri solet , id positum aut suspensum habet , quod potest , si ceciderit , alicui nocere. Quo casu pœna decem aureorum constituta est. De eo verò , quod dejectum effusumve est , dupli , quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem verò liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si verò vivat , nocitumque ei esse dicatur , quantum ob eam rem æquum judici videtur , actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas , cæteraque impendia , quæ in curatione facta sunt : præterea operas , quibus caruit aut cariturus est , ob id quod inutilis est factus.

Notæ.

1. *Ob alterius culpam*) Habitator suam suorumque culpam præstare debet , *l. pen. d. tit.*

Pœna decem aureorum) Adversus eum , qui posuit aut positum patitur , actio in factum in decem aureos datur *d. l. 5. §. 6.* quæ actio popularis est , id est , cuivis è populo conceditur , *d. l. 5. §. ult.*

Judex computare debet mercedes) Cicatricum autem & deformitatis nulla fit æstimatio , *d. l. 1. pr. §. 6. l. 5. §. 5. l. ult. eod. tit.*

Commentarius.

Secunda species quasi maleficii est , non præcavere , ne quid à domesticis temere ex cœnaculo aut ædibus dejiciatur aut effun-

datur, quod transeuntibus nocere posit, *l. 5. §. is quoque pen. de obl. & act.* Unde si quid dejectum effusumve alicui nocuit, constituta est à prætore actio adversus eum, qui in eo cœnaculo habitat, unde is casus prodiit, *l. 1. & pass. de his qui dej. vel effud.*

. Vel proprio ipsius vel conducto) Utrum cœnaculum proprium, aut conductum, aut gratuito concessum sit, nihil interest. Nam hæc actio in eum datur, qui inhabitat, cùm quid dejiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus vel in suo, vel in conducto, vel gratuito. Hospes planè non tenebitur: quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur; sed is tenetur, qui hospitium dederit. Multum autem interest inter habitantem & hospitem, inter domicilium habentem & peregrinantem. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis hæc actio in solidum dabitur. Sed si cum uno actum fuerit, cæteri liberabuntur, *d. l. 1. §. pen. & ultim. l. 2. 3. & 4. de his qui dej. vel eff.* Si de navi dejectum sit, dabitur utilis actio in eum, qui navi præpositus est, *l. pen. §. ult. eod.*

Dejectum effusumve) In eum scilicet locum, quo vulgo iter fit, vel in quo consistitur. Quod merito prætor edixit: quippe cùm publice intersit, sine metu & periculo per itinera commeari. Ad secreta igitur loca hoc edictum non pertinet: cæterum nihil interest, utrum publicus locus sit, an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, *d. l. 1. in princ. §. 1. & 2.*

Ideo non propriè ex maleficio) Cujus ex ædibus quid dejectum est, quod alicui nocuit, is propriè dici non potest ex maleficio obligatus: quia plerumque ob factum & culpam alterius tenetur. Sed tamen quoniam non creditur prospexisse & cavisse, quod prospicere & cavere debebat, ne quid à domesticis, quorum etiam culpam præstare debet', *l. penult. §. 2. eodem titul.* dejiceretur, peccasse aliquid intelligitur, & ideo quasi ex maleficio tenetur. Vinn. De dejectis & effusis & ante prætores cavisse legem Aquiliam, existimat V. A. Corn. van Bynkersh. *Obs.* 1. 13. immo ipsum caput legis Aquiliæ secundum ea de re egisse censet. Quæ si vera sunt, (sunt autem verisimillima,) eo majus robur accedet sententiæ eorum, qui legem Aquiliam & vera & quasi delicta vindicasse existimant. Hein.

Positum aut suspensum) Tertia species quasi maleficii est, eo loco, per quem vulgo iter fit, aliquid positum aut suspensum habere, cujus casus prætereuntibus aut in eo loco consistentibus nocere posit, *l. 5. §. is quoque 5. de oblig. & act.* Et adversus eum, qui posuit, aut positum patitur, puta inquilinum vel dominum, actio in factum in decem aureos datur, *l. 5. §. prætor ait. 6. cum seqq. de his quæ dejec. vel effud.* Quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur, *d. l. 5. §. ult.* Nam privata esse non potest, quoniam competit, cùm nondum cuiquam nocitum est.

De eo, quod dejectum, dupli) De dejecto aut effuso ita ut alicui noceret, constituta est ei, cui nocitum est, actio in duplum damni dati, *l. 1. in princ. d. t.* Hæc igigtur actio gravior est, quàm civilis ex lege Aquilia, quæ non nisi adversus inficiantem in duplum datur, *§. sed furti. 26. in fin. de act.* nimirum prætor securitati viarum & locorum publicorum sic melius prospectum iri existimavit. Datur adversus habitantem, ut supra dictum est: cui rursus consulitur actione in factum adversus dejectorem, *l. 5. §. cum autem. 4. de his qui dej.*

Ob hominem liberum occisum 50. aureorum) Cujus ex cœnaculo dejectum quid hominem liberum occidit, in eum judicium 50. aureorum datur, *l. 1. in princ. d. tit.* Damni æstimatio hic non fit in duplum: quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest, *d. l. 1. §. sed cum. 5. eod.* eaque de causa actio ex parte edicti popularis quoque est, & pecunia litem occupanti attribuitur, *d. l. 5. §. hoc autem 5. eod.* junct. *l. 12. de verb. signif.*

Si vivat, nocitumque ei esse dicatur) Hæc verba edicti, *si vivat, nocitumque ei esse dicatur,* non pertinent ad damna, quæ in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus, vel quid aliud scissum ruptumve est: sed ad ea, quæ in corpus ejus admittuntur, *d. l. 1. §. hæc autem. 6.* puta si vulneratus sit, aut membro aliquo mutilatus: quo casu quantum æquum judici videbitur actio datur, *d. l. 1. in pr.* quæ læso perpetua est, aliis experiri volentibus annua, *d. l. 5. §. hæc autem 5.* In litis æstimatione computantur sumptus curationis & operarum amissio: nam cùm hujus damni causam dejector attulerit, æquum est, ut id quoque in rationem inducatur, *l. ult. d. tit.* Pœna dupli & 50. aureorum ob hominem liberum occisum exolevit: vid. Groenevv. *de leg. abrog.* hìc, & ibi citatos: & adde, quæ notavimus *sup. ad pr. n. 2. & §. his autem. 9. item ad §. capite tertio n. 2. de leg. Aquil.*

Textus.

De filiofamilias seorsum habitante à patre.

2. *Si filiusfamilias seorsum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.*

Notæ.

2. *In patrem nullam esse actionem.*) Neque de peculio, neque noxalem, *l. 5. §. pen. in fin. de oblig. & act.* De peculio ideo non datur, quia hic non ex contractu, aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 58. de reg. jur.* Noxaliter aute m cum patre nunquam agitur, *§. ult. inf. de nox. act.*

Commentarius.

1 *Cur in proposito in patrem de peculio actio non detur? & num. 2.*

SI ex filiifam. seorsum à patre habitantis, cœnaculo quid dejectum effusumve fuerit, sive is positum suspensumve quid habuerit, cujus casus nocere possit; non in patrem, sed in ipsum filium judicium datur, *l. 5. §. is quoque penult. de obligat. & action.* In 2 patrem de peculio ideo non datur, quia in specie proposita non ex contractu aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. si filiusfam. 7. de his quæ dejec.* neque enim vel ob maleficium vel ob quasi maleficium filiifam. ullo modo cum patre agi potest, non actione noxali, *§. ultim. inf. de noxal. act.* non de peculio, *l. in pœnalibus 58. de R. J.* Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle & facto filii pro modo peculii obligari, cæterum non est delicto aliove facto, quod pœnam meretur. Planè si judicio cum filio actum sit, isque in certam summam condemnatus, jam pater quoque actione judicati de peculio conveniri potest, etiam ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit, *l. 3. §. idem scribit 11. de pec.*

Quod & in filiofam. judice) Filiusfam. judex si litem suam fecerit, non pater, sed ipse actione in factum tenebitur, *l. filiusfam. 15. de judic.* Cujus rei eadem ratio, quam superius dicebamus: quoniam actio de peculio tum demum in patrem datur, cùm filius ex contractu obligatus est: hic autem quasi ex delicto tenetur, ubi scilicet temere & imprudenter pronuntiavit. Quod si dolo malo, multo minus tenebitur pater, quia verum hoc delictum est. Quod autem Ulpianus scribit, in *d. l. filiusfam. 15.* qui litem suam fecit, in tantam quantitatem pecuniæ teneri, quæ tunc in peculio fuit, cùm sententiam dicebat, id quam rationem habeat, fateor me ignorare. Consuli tamen poterunt Accurs. *ad. d. l.* Cujac. 13. *obs.* 18. Ant. Fab. *in rationalib.*

Textus.

De damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum est.

3. *Item exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli, de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur: si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exercet. Cùm enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta hìc actio, & aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quæ hæredibus quidem datur, adversus hæredem autem non competit.*

Notæ.

3. *Item exercitor navis*) Ex Cajo *l. 6. §. ult. de oblig. & act.* Pertinet huc pars altera edicti *nautæ, caupones, stabularii, &c.* cujus initium *l. pen. §. ult. d. tit.*

De dolo) *D. l. 5. §. ult.* Cujac. & Hotom. *de damno*, auctoritatem Flor. codicis secuti & sententiam, *l. 5. §. 1. naut. caup.*

Caupona aut stabulo) Apparet, stabulum hìc non accipi pro caupona aut diversorio, ut alias sæpe: sed pro loco, ubi jumenta stabulantur, *l. 5. naut. caup. stab. pro ταμιείου κτηνῶν.*

Commentarius.

DE damno & furto, quod in navi, caupona, stabulo factum est, duæ actiones edicto prætoris constitutæ sunt adversus eos, qui navem, cauponam, stabulum exercent, quarum una est ex contractu, altera quasi ex maleficio. Prior est de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii à vectoribus aut hospitibus inventa aut illata salva fore receperunt. Constituta est in id, quanti ea res est, quæ

quæ salva non restituitur, *l.* 1. *naut. caup. stab.* Ex eadem causa est & actio civilis ex locato aut conducto aut depositi; nec tamen ideo otiosa est, actio honoraria: quippe quæ etiam tunc locum habet, cùm damnum datum est, aut res periit sine culpa ejus qui recepit, modo ne fato aut vi majore, *l.* 3. §. 1. *dict. tit.* quo loco & *d. l.* 1. §. 1. etiam ratio redditur, cur hìc actio gravior, quàm in cæteris constituta sit: nempe ut innotesceret, prætorem curam agere reprimendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio cùm ex contractu descendat, huc non pertinet: ad eam referendæ sunt interpretationes veterum sub *d. tit. naut. caup. stab.* usque ad *l. pen.* §. *ult.* Altera actio est ex quasi maleficio, si damnum aut furtum factum sit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, stabularii utuntur, *l.* 5. §. *ult. de obl. & act. d. l. pen.* §. *ult. naut. caup. stab.* quæ huc pertinet. Constituta est adversus easdem personas & de iis similiter, quæ in navem, cauponam, stabulum illata sunt. Ex quasi maleficio ideo esse dicitur, quia species culpæ habetur, malorum hominum uti ministerio, *d. l.* 5. §. *ult. de oblig. & action. & hoc text.* Quare si quid eorum factum sit à vectoribus aut viatoribus, quorum opera exercitor non utitur, hæc ex quasi delicto actio locum non habet, *d. l. ult.* §. 2. *naut. caup. stab.* sed prior illa ex contractu, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *in pr. eod.* Illa pœnalis est in duplum, *d. l. ult.* §. 2. quia prætor utilitatem hìc etiam publicam spectavit, dum prospicit securitati iter facientium. Cæterum pœna hæc dupli exolevit, ut & cæteræ similes.

Caupona aut stabulo) Stabulum pro diversorio seu caupona aut πανδοχείῳ, vel καταλύματι sæpe accipi, satis notum est. In hoc autem edicto, ubi prætor stabularios à cauponibus distinguit, significat locum, ubi jumenta stabulantur, *l.* 5. *ff. de titul.* ταμιεῖον κτηνῶν, ἱπποστάσιον, ὀνοστάσιον, cujusmodi stabula fere cauponis adjuncta sunt, & utraque ab uno exercentur.

In his casibus in factum actio) Hoc etiam ad casus præcedentes pertinet: nam quasi maleficia omnia subsidiariis in factum actionibus vindicantur.

Hæredi quidem datur) *D. l. ult.* §. 1. *& ult. naut. caup. stabul.* commune autem hoc est omnium actionum pœnalium, quod hæredibus quidem dentur, sed adversus hæredem non competant: neque enim æquum esset, hæredem ex delicto defuncti pœnam sustinere, vid. *infr.* §. 1. *de perp. & temp. action.*

TITULUS SEXTUS.
DE ACTIONIBUS.
Dig. Lib. 44. *Tit.* 7. *C. Lib.* 4. *Tit.* 10.
Continuatio.

TEXTUS.

Superest, ut de actionibus loquamur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis & continuationis.*
2 *Error veterum interpp. notatus.*
3 *Actio ut consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit?*
4 *Ex quo jure actiones proficiscantur, accurata dissertatio.*
5 *Actionis nomen quàm latè pateat?*
6 *Quot modis usurpetur à nostris? & quæ significatio huc pertineat?*

SUperest) Transitio hæc imperfecta est, carens epilogo præcedentium membrorum. Unde natus error interpretum, qui crediderunt, Imperatorem respicere ad tractationem proximè præcedentem de obligationibus; quod non ita est. Potuisset sanè Tribonianus perfecta transitione uti, ut fecit initio lib. 2. & hujus item quarti: atque hic locus id vel maximè desiderabat propter longam, quæ intercessit, antecedentium partium explicationem. Sed tamen ratio ordinis & 1 continuationis partis sequentis non abique adeo obscura est, quin facile ab homine non nimis luscitioso perviderі queat. Et nimirum respicit Imperator tum ad partitionem propositam in calce *titul. de jur. nat. gent. & civ.* qui secundus est libri primi hujus operis, quo loco totius juris nostri tractationem ad tria capita, quæ totidem sunt objecta hujus disciplinæ, revocavit, quorumque primum ad personas pertinere dixit, alterum ad res, tertium ad actiones; tum ad transitionem, quam facit in ingressu libri secundi. Nempe quo ordine partes istas summas proposuit, eodem, quod ratio methodi exigit, deinceps singulas

ex-

explicare instituit. Igitur cùm primus locus in ista partitione, & merito quidem tributus esset personis, etiam primo loco, hoc est, reliqua parte libri primi de personis disputatum est, hoc est, de eo jure, quo quisque in civitate pro statu ac conditione personæ suæ censetur. De rebus, hoc est, quod cujusque in rebus externis proprium est, aut ei debetur, sive de dominio cæteroque jure in rem, & de obligationibus, quas & ipsas ad eamdem illam partem pertinere probavimus in explicatione *titul. de oblig.* tractatum libro secundo & tertio, itemque nonnulla parte libri quarti, usque ad præsentem locum: quibus locis simul nobis explicati sunt modi ac rationes rerum atque obligationum, tum acquirendarum, tum amittendarum. Expositis ergo ex tribus membris propositis prioribus duobus, superest adhuc tertium & postremum, actiones videlicet, cujus partis tractatio hic jam suscipitur. Hinc verò perspicuum est, errare, quod diximus, interpretes veteres &
1 cum iis Mynsing. qui initium doctrinæ de actionibus fieri existimant *lib. praced. tit. de oblig.* Atque hoc loco eamdem continuari: quasi illic de causa actionum tractetur, quæ sit obligatio; hìc de effectu obligationis, quæ sit actio: illic de matre, ut loquuntur, hìc de filia. Nam nec obligatio causa est omnium actionum, sed earum dumtaxat, quæ in personam sunt: & ut esset, tamen ratio obtinendi ejus, quod nobis debetur, à vinculo, quo se debitor adstringit, argumento & materia separata est. Etenim quod omnino notandum
2 est, actio in proposita disputatione non tam consideratur, quatenus cujusque est, dependens ex jure quæsito; qua consideratione cùm rerum nostrarum pars sit, & in bonis nostris computetur, *l. bonorum 39. de verb. sign.* ad idem planè objectum referri debet, quo referuntur dominium & obligatio: quàm quatenus est via sive medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum, si ultro non præstetur, pervenitur & aufertur invitis; uno verbo, quatenus consideratur ut instituenda exercendaque in judicio, ut rectè Timæus Fab. *disp. de action. thes. 1.* Vix interpretem
3 inveneris, quin hìc in vestibulo quæsiturus sit, ex quo jure actiones proficiscantur, ex jurene gentium, an ex jure civili, id est, utrum causa actionum remota jus gentium sit, an jus civile. Quæstio minimè obscura. Sed nimirum nihil tam clarum atque perspicuum est, quod semper & ab omnibus videatur. Certum est, leges, magistratus, eorumque imperia juris gentium esse: quippe sine quibus nulla unquam gens, aut vixit, aut vivere potuit; adeoque ipsa naturalis ratio omnes docet, sine publica auctoritate nullam hominum societatem consistere posse. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars est in persecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus. Adhæc inter omnes constat, dominia rerum atque obligationes, quæ causæ sunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere: trahunt ergo & actiones sive judicia, id est, ea remedia & rationes, quibus, quod vel dominii nostri sit, si id sponte is, qui possidet, non restituat; vel quod in obligationem à nobis deductum, si id debitor non præstet, obtinere liceat. Nam certè frustra sis, id si voluntati permittatur & arbitrio possessoris aut debitoris; aut, quod restat, rixis, tumultibus, cædibus porta patefiet, civis in civem armabitur cum internecione civitatis, si domino aut creditori licere velimus rem suam aut sibi debitam per vim occupare propriaque auferre auctoritate. Non puto autem, quemquam esse, qui juri gentium adscripturus sit ea, quibus concessis necesse sit hominum societatem everti. Præclarè Theodoricus Rex apud Cassiodorum *lib. 4. var. epist. 10. Fœdum est*, inquit, *jura publica privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconsultus fervor animorum*: & statim; *hinc est, quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu. Quid enim à bellica confusione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur? fac. l. non est singulis 176. de reg. jur. l. extat 13. quod met. ca.* Hæc etsi verissima sunt & clarissima: non paucis tamen, iisque etiam, quorum multis aliis in rebus perspicientia ac solertia commendatur, hìc cæcutire contingit, ut temere atque inconsideratè contendant, actiones omnes & forma & origine esse juris civilis. Quid ergo est, quod eos transversos agit? Primum quod apud Pomponium in *l. 2. §. bis legibus 6. de orig. jur.* scriptum est, ex legibus duodecim tabularum compositas esse actiones, quibus inter se homines disceptarent. An igitur toties trecentis annis ante nemo cum alio agere in urbe potuit? aut quia manu regia pleraque terminabantur, nulla petitio, nulla imploratio fuit necessaria? Sed quis non videt, Jurisconsultum loqui de forma actionum accidentali & juris Romani propria? quam scilicet a prudentibus acceperunt, compositis certis ac solemnibus formulis. Secundo quod actiones passim civiles dicantur. Quid tum? Et obligationes ita passim appellantur, quas utique juris gentium esse nemo ibit inficias:

cias: quin & condici jure gentium res dicitur in *l. rerum 15. de action. rer. amot.* Tertio quod naturalis obligatio tantæ efficaciæ non est, ut actionem producat; quasi verò quod non producat, non sit à jure civili. Et tamen non una hic exceptio est. Postremo quoniam deportati agere non possunt, qui tamen ea, quæ sunt juris gentium, retinent. Ineptè. Nam id tantùm obtinet in imperio ejus civitatis, in qua damnati sunt. Sed nec patriam potestatem retinent, nec tutelam, nec jus testandi, nec jus succedendi ex testamento aut ab intestato: quæ tamen omnia ex jure gentium manare, & considerata generali atque essentiali forma juris gentium manere, suis locis ostendimus, quamvis propter adjectam à jure civili qualitatem & determinationem usus rectè dicantur esse juris civilis, ut & actiones; per *l. 6. de just. & jur.*

5 *De actionibus*) Nomen actionis latissimè patere vulgo notum est, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ passioni opponitur, denique & oratorum & histrionum & fabrorum actionem esse dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus verbi significatione, quam habet etiam tunc, cùm ad usum forensem restringitur, sciendum primum est, numquam verbo agendi, cùm ad judicia refertur, ita usos esse veteres, ut eo verbo idem significarent, quod ducere, trahere. Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo, numquam agere aliquem: agere judicio, agere interdicto, quod non significat aliquem ducere aut trahere, sed idem est quod tractare cum aliquo judicio, interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur, sed cum quo agitur. Quapropter non est audiendus Theophilus, qui actionem ab eo dictam scribit, quod improbos & perfidos ad judicia agamus. Quadruplex autem fere hujus vocis in jure usus est. Primum latissimè accipitur, & nomen actionis prædicatur de lite omni & causa, sive ea civilis sit, sive criminalis, in qua alias fere utimur verbo accusationis, *l. penult. si ex nox. caus. arg. l. ult. de privat. delict. l. 1. de crimin. stell. l. 18. de accus. l. 4. C. de edendo. rubr. C. quand. civ. act. crimin.* Secundo minus quidem latè quàm in significatione præcedenti, sed ratione sequentium adhuc latissimè, ut appellatione actionis comprehendantur causæ omnes pecuniariæ, sive judicia omnia civilia, non ordinaria tantùm verùm etiam extraordinaria, interdicta, præjudicia, persecutiones, stipulationes prætoriæ, quæ actionis instar obtinent, ut damni infecti & legatorum, &c. in summa imploratio etiam nobilis officii judicis, ut nunc loquuntur. *l. actionis 37. de obl. & act. l. actionis 34. l. pecuniæ 178. §. 2. de ver. sign.* Tertio pro genere communi actionum in rem & in personam, *l. actionum. 25. ff. de obl. & act. §. 1. infr. hoc tit.* strictus tamen, quàm ut interdicta, præjudicia, cognitiones & stipulationes prætorias contineat, *l. sed & hæ. 35. §. 2. l. non solum. 39. de procur. d. l. 178. §. 2. de verb. sign.* Quarto & postremo strictissimè atque augustissimè, ut solam denotet actionem in personam, *l. actio 28. hoc tit. d. l. 178. §. 2. de verb. sign.* ac tum fere opponitur petitioni, qua actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquilianæ, *§. 2. supr. quib. mod. obl. toll. l. & uno 18. §. 1. de acceptil.* Ex his autem significationibus eam, quæ secundo loco posita est, huc pertinere ostendit supradicta divisio, in qua actio constituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula sunt, petitio, persecutio, formula, lis, causa, controversia, conventio, judicium: nam & vox judicii pro actione sæpe sumitur: ut videre est in *l. 1. & pass. ff. & C. fam. erc.* & prætor promiscuè nunc actionem, nunc judicium se daturum pollicetur.

TEXTUS.

Definitio.

Actio nihil aliud, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.

NOTÆ.

Jus persequendi) Auctor hujus definitionis Celsus *l. 51. hoc tit.* Cæterum actio, quatenus tertium juris objectum constituit, magis considerari debet ut via & medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum pervenitur, quàm quatenus est jus, aut ex jure nobis quæsito dependet: qua consideratione cùm rerum nostratum pars sit, ad secundum objectum referri debet, *l. 49. de verb. sign.*

COMMENTARIUS.

1 *Jus in hac definitione quid significet?*
2 *Refutatur Hotom. qui formulam interpretatur.*
3 *Neminem posse quod sibi debetur, propria occupare auctoritate.*
4 *In jure fieri quæ dicebantur, quæ in judicio.*
5 *Repetitur res ab origine.*
6 *De quibus causis magistratus ipsi ex officio cognoscere soliti: in quo plerique hallucinantur.*
7 *Romam olim commune fuisse forum: nunc autem metropoles idem jus non habere.*

8 Com-

8 *Commune forum esse & locum domicilii : tum quod tempus hic inspiciendum.*
9 *Mos passim receptus.*
10 *Proprium forum quæ tribuant : & quid mutatum moribus.*
11 *Actionem in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri posse; contra Donell.*
12 *Eum, qui per se competens non est, posse ex accidenti competentem fieri, & quibus ex causis.*
13 *Definitionem hanc etiam competere actioni in rem.*
14 *Item actionibus popularibus : quæ quid sint, simul docetur.*
15 *Item actioni injuriarum, & petitioni usurarum.*

1. *Actio nihil aliud est, quàm Jus*) Auctor hujus definitionis est Celsus, in *l. nibil aliud. 51. ff. hoc tit.* Generis loco jus ponitur : quod vocabulum cum verbis faciendi jungitur in perpetuo usus juris, adeoque apud omnes Latinè loquentes significat potestatem jure publico tributam; veluti cum dicimus jus testandi, jus stipulandi, jus retinendi, jus eundi, agendi, utendi, fruendi, &c. Neque alia hoc loco quærenda huic verbo significatio est. Et male omnino Hotomannus formulam interpretatur. Etsi enim quandoque actiones cùm dicunt Jurisconsulti formulas earum intelligunt; atque ut hoc etiam largiar, cùm prætor se actionem daturum pollicetur, formulam eo nomine significat; nullo tamen modo dici potest, aut jus agendi formulam esse, aut in hac definitione actionem ut formulam considerari. Formula à prætore impetranda est : actio, ut quisque contraxit, stimatim ei competit; & dominus amissa possessione jus agendi habet statim, id est, etiam antequam prætor adeatur : & quis non videt, actionem in proposito considerari, ut in persona creditoris radicata est, non ut actu in judicium deducta? atque ut maximè ut jam actu intentam consideres, formula tamen propriè dici non potest, magis quàm emancipatio, manumissio, adoptio, aditio hæreditatis, &c. quæ formulæ non erant, sed actus legitimi, qui per certas formulas & verborum conceptiones expediebantur, *l. actus 77. de reg. jur.* Ad hæc nihil eorum formulæ convenit, quæ prædicantur de actione, ut cùm actio nasci dicitur, acquiri, ipso jure competere, alienari, mandari, cedi, &c. ad hæredem transire, ab hæredibus incipere, successione confundi, plures actiones concurrere, una electa alteram consumi, dividi inter fidejussores & id genus sexcenta alia. Nec ut actionem, ita formulam in rem, in personam, civilem, prætoriam, perpetuam, temporalem, famosam, hæreditariam, &c. rectè dicimus. Quamobrem nec auctorem hujus definitionis Celsum arbitror de formula cogitasse: quamvis temporibus hujus Jurisconsulti, qui sub Trajano & Hadriano floruit, formulæ adhuc in integro usu essent. Planè de sententia Justiniani, qui formulis jam dudum sublatis, definitionem eamdem nihilominus retinuit, nulla potest esse dubitatio.

Persequendi in judicio) His & sequentibus verbis differentia continetur, & genus positum restringitur. Verbum persequi notissimæ significationis est, nec obscura, quæ in eo, translatio. Sumitur autem hoc loco generalius, cùm olim in specie cognitionis extraordinariæ persecutiones dicerentur, *l. 178. §. 2. de verb. sign.*

In judicio) His verbis indicatur, neminem sibi jus dicere posse, aut privata, quod sibi debetur, occupare auctoritate; sed si quis putet, se habere actionem, legitimo judicio eum cum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud magistratum sive judicem, qui cognoscendis & componendis civium controversiis publica auctoritate constitutus est, *l. extat. 13. quod met. ca.* & simul docemur, non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, sed eam, quæ fit apud competentem judicem ex ratione ac præcepto legum & justitiæ. Cæterum quo res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt. 1. quid hæc verba *In judicio* significent. 2. quis dicatur judex competens. Primum quod attinet, diversa veteribus sunt, *In jure* & *in judicio*. In jure fieri dicebant ea, quæ fiebant apud magistratum, antequam ad judicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud prætorem, veluti ea, quæ cognitionis erant extraordinariæ, & cautiones quæ à prætore postulabantur, puta damni infecti, vel legatorum : in judicio ea propriè, quæ expediebantur post litem contestatam apud judices datos sive pedaneos. Actio in jure à prætore dabatur, apud judicem recuperatoresve in judicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedenti ritu, ex quo ipsi magistratus judicare jussi sunt, *l. 2. C. de pedan. jud.* perexiguus hujus differentiæ usus esse cœpit : nisi quis putet, adhuc dici debere in jure fieri, quæ fiunt ante litem contestatam, & prætor ipse olim explicabant; in judicio, quæ postea fiunt, licet apud eumdem magistratum omnia expediantur. Vinn.

Multo accuratius hæc omnia exponuntur à celeberrimo Ger. Noodtio, *lib.* 1. *de jurisd. cap.* 6. & 8. ubi docuit, prætorem de jure judicem de facto cognovisse & hoc institutum ipsi urbi fuisse coævum, siquidem Dionys. Halic. *lib.* 2. refert Romulum quædam per se cognovisse, quædam per judices. Unde cadit conjectura auctoris nostri, quam sequente *num.* 5. proponit. HEIN. Operæ pretium est, rem ab origine repetere. Initio quidem prætorem ipsum, utpote juri dicundo civiumq; inter se controversiis disceptandis ac dijudicandis creatum ac constitutum, causas privatas omnes plenè cognovisse & judicasse, verisimile est. Verùm postea, & primo quidem propter graviores occupationes, procedente verò tempore fortassis etiam ob dignitatem magistratus obtinuit, & paulatim in ordinariam jurisdictionem versum est, ut prætor aditus non ipse judicaret, sed præparatoriis quibusdam apud eum tractatis, quæ in jure fieri dicebantur, actionem & formulam daret, litigatoresque ad privatos remitteret, qui notionem & judicium susciperent. Horum judicum varia fuere nomina. Dicuntur judices dati, delegati, pedanei, speciales, addicti, selecti, disceptatores, recuperatores, in judiciis bonæ fidei etiam arbitri: de quorum nominum ratione consulantur Scip. Gent. 2. *de jurisd.* 8. Coras. 3. *mis.* 18. Duar. *de jud. cap. de jud. dat.* Sigon. 2. *de antiq. jur. civ. cap.* 18. & *seq.* Nullam verò jurisdictionem hi judices habebant, sed nudam dumtaxat notionem, hoc est cognoscendi tantùm & judicandi potestatem sine imperio aut jure sententiæ exequendæ: & simul ac sententiam dixissent, judices esse desinebant, *l.* 5. *l.* 15. *l. judex* 55. *de re jud.* Apud hos judicium exerceri propriè dicebatur, & ipsi specialiter judices appellari & à magistratibus separari solent, *d. l.* 15. & 55. *de re jud. l.* 2. *de reg. jur. l.* 1. & *l.* 3. *de jurisd.* Usque adeo verò hæc ratio dandorum judicum invaluerat, ut vix ipse prætor judicium umquam susciperet, &, si fides Duar. *lib.* 1. *disp.* 53. ne potuerit quidem prætor ipse de causis quibusvis cognoscere. In quam sententiam affert *l.* 4. *de tut. dat. l. ult. de off. præt. l.* 8. & 9. *de off. præs. l.* 2. *C. de pedan. jud.* Alii tamen id arbitrarium fuisse exstimant argumento legis, quam inter suas, atque, ut credibile est, ad morem suorum temporum respiciens M. Tullius refert in hæc verba: *Juris disceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat, prætor esto.* Quod in medio relinquimus. Illud constat, exceptas fuisse nonnullas causas, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant; quæ cognitiones prætoriæ, & extraordinariæ dicebantur, propterea quod prætèr morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicii, sine formula, hæ causæ expediebantur, & disceptabantur à prætore ipso: cujusmodi causæ sunt cognitio de honorariis advocatorum, medicorum, professorum liberalium artium, *l.* 1. *de extr. cogn.* persecutio fideicommissi, *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Ulp. *tit.* 25. §. 10. petitio liberorum, qui in potestate sunt, *l.* 1. §. 2. *de rei vind.* restitutio in integrum ex edicto de minoribus, *l.* 13. §. 1. *l.* 24. §. *ult. de min.* Cujacius *par. C. ubi ca. stat.* & Scip. Gent. *d. loc.* huc item referunt causas status sive præjudicia. Rectène an secus ambigo. Nam præjudicia in *d. l.* 1. §. 2. *de rei vind.* apertè separantur à cognitione prætoria. Ut in his causis partes ad judicem mitti dicuntur, *l.* 8. §. 1. & *l.* 9. *de lib. ca.* passimque judicis liberalis causæ, qui de libertate cogniturus est, mentionem fieri videmus, ut in *l.* 7. §. 1. & *seqq. l.* 41. §. 1. *de lib. ca. l. servus* 34. §. *ult. vers. quid ergo. de statu lib. l.* 7. §. 1. *in fin. de hær. pet.* Plautus recuperatorum semper meminit in *Rud.* & *Bacch.* & Sueton in *Vespas. cap.* 3. refert, *Flaviam quandam Domitillam ingenuam & civem Roman. recuperatorio judicio pronuntiatam.* Nec multum movet, quod traditum est in *l. non distinguemus* 32. §. *de liberali* 7. *de recept. arbitr.* causam liberalem majores judices poscere, quàm sint compromissarii, vel quia etiam judices à prætore delegati majores sunt arbitris, qui constituuntur merâ conventione privata: vel quia Jurisconsultus non simplicem cognitionem & decisionem causæ considerat, quæ sola pertinet ad officium judicis dati; sed totam causæ tractionem, & in hac etiam partes prætoris, qui lite primum apud se contestata formulam ipse concipit, & judicium judicemque constituit. Atque his insuper argumentum præbet *l.* 1. *C. de off. præt.* ubi Constantinus causam liberalem propriam facit prætoris, quod frustra fecisset, nisi antea fuisset judicii ordinarii, add. Rev. 3. *var.* 20. Hotoman. 6. *obs.* 6. Sed nec interdicta huc pertinent, ut constat ex *orat. pro Cæcin.* item ex *l.* 1. §. 2. *si ventr. nom. mul. in poss. l.* 1. *in pr. ne vis fiat ei. qui in poss. l.* 1. *in pr. de vi & de vi arm.* quibus locis manifestè refelluntur, qui negant, ex causa interdicti formulam aut actionem datam fuisse. Postea ratio judiciorum mutata est, & injuncta causarum omnium cognitio ipsis magistratibus, extra quam si vel occupationibus publicis, vel multitudine causarum ipsi cognoscere impedian-

diantur, *l. 2. C. de ped. jud.* aut ea negotii sit vilitas, at non admodum notionem magistratus requirat, *l. ult. C. d. tit.* quo respiciens Justinianus, ait, judicia omnia suo tempore extraordinaria fuisse, §. *ult. Inst. de interd.* In Judicio igitur sic nunc interpretabimur apud prætorem sive magistratum, qui dum jus dicit ac reddit, rectè judex appellatur, & cui soli nunc judicandi munus incumbit. Alterum quod hic explicandum erat, est, quis sit judex competens: neque enim promiscuè apud quemvis judicem quævis actio institui potest, sed apud eum solum, cujus de ea re, qua de agitur, notio est, qui uno verbo competens apellatur. Competentia hæc æstimatur ex causis, ex quibus forum sortiri dicimur. Forum duplex, commune unum, alterum poprium seu speciale. Commune forum olim fuit Roma: quæ idcirco veteribus

7 dicta est communi patria *l. Roma 33. ad Munic.* Nam omnes qui Romæ inventi essent, ibi conveniri poterant, ibi se defendere debebant, nisi jus haberent revocandi rem ad domicilium proprium, *l. 2. §. omnes. 4. & seqq. l. non alias 24. de judic.* sed moribus hodiernis regiæ urbes seu metropoles jus istud communis fori non habent. Commune forum item

8 rectè dixeris, in quo quisquis conveniri potest quacumque ex causa: quale forum tribuit locus domicilii: & est notandum, circa locum domicilii non tantùm inspici locum, in quo reus habitat tempore movendæ actionis, sed etiam in quo habitabat tempore contractus, *l. 2. C. de jurisdict.* quem locum male Cyn. Salic. & Sich. restringunt ad casum, quo quis in loco domicilii contraxit: quia ita conveniretur ex capite contractus, non domicilii, de quo ibi disertè agitur & locus contractus forum tribuit, etiamsi quis numquam ibi domicilium habuerit. Atque ratio hujus juris satis manifesta est, quia cùm statim actio ex contractu nascatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quæratur, cum quo forte alias non contraxisset, jus illud creditori facto debitoris adimi non debet.

9 Moribus in Belgio & aliis regionibus dudum invaluit, ob summam difficultatem, quæ sæpe est, sequendi debitores exteros, ut ii quovis loco deprehensi detineri judicioque sisti

10 queant. Gudelin. *lib. 4. cap. 2.* latè Peck. *in tract. de jur. sistend.* Proprium forum est, quod præter commune tribuunt causæ singulæ, veluti in actionibus in personam forum tribuit locus, in quo contracta est obligatio, *l. omnem 20. de judic.* quod tamen puto sic accipiendum, si reus ibi reperiatur; per *l. 2.* §. *4. l. 19. in princ. & §. 1. l. argentarium 45. de judic.* textus est in *cap. 1. §. contrahentes 3. x^r. de for. comp. in 6.* Covar. *1. quæst. 10. n. 3.* Sichard. & Vultejus in *l. 2. C. de jurisdict.* Ant. Fab. *C. suo, ubi conv. qui cert. loc. defin. 4.* & si quidem in contrahendo dictum non sit, quo loco rem præstari oporteat, is locus contractus intelligitur, in quo res gesta est, *dict. l. 19. §. 1. dict. l. 45.* Sin autem expresse cautum ut alio loco, quàm in quo negotium gestum est, res præstetur, hìc locus accipiendus tanquam re ibi contracta, *l. 3. de reb. auct. jud. poss. l. contraxisse 21. de oblig. & act.* In Francia & his regionibus non inspicimus locum contractus, nec solutionis, sed domicilii debitoris, juxta *l. exigere 65. de judic.* sic ut *l. hæres. 19. de jud. l. 3. de reb. auct. jud. poss. l. 21. de oblig. & act.* non sint receptæ, secundum ea, quæ tradit Imbert. & alii allegati à Christin. *vol. 2. decis. 164.* In actio-

11 nibus in rem speciale forum tribuit locus, in quo res sitæ sunt. Et enim constans hæc fere omnium interpretum sententia usuque forensi non dubio recepta, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro actionum omnium communi, vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, constitutæ sunt: per text. non obscurum in *l. 3. C. ubi in rem act. fac. l. un. C. ubi de hæred.* Quamquam Gudelinus notat, praxim illud maximè observare, ut ibi dumtaxat actio in rem intendatur, ubi res sita est, *lib. 4. cap. 2.* Unus fere Donellus noster *lib. 17. comm. 17.* ab hac sententia recessit contendens, in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantùm esse forum rei, locum sc. in quo sunt constitutæ; ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium pati. Quo & ipse aliquando inclinavi propter *l. quod legatur. 38. de judic.* Sed non dubito nunc, quin quod Jurisconsultus ibi proponit de re legata, speciale sit, eo quod legatario sufficere debeat, si hæres, à quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco ubi res est offerat solutionem de qua etiam & ipsa præstatione præcipuè Jurisconsultus tractat. Quod Donellum præterea movet, facile eveniri posse, si possessor in loco domicilii conventus jubeatur rem restituere, ut nova lite pro executione rei opus sit; non usque adeo magni momenti est. Nam præterquam quod magistratus omnes inferiores mutuam sibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, non esse ex ratione juris Romani in judiciis realibus ordinarium

Rr 2 hanc

hanc procedendi atque exequendi viam, ut possessori restituere jusso, nec parenti res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur quanti in litem auctor juraverit, *l. ejus rei.* 46. *cum seq. de rei vind. l.* 5. & 8. *de in lit. jur.* Quæstiones criminum ubi exerceantur, docet *l.* 1. & 2. *cum auth. seq. C. ubi de crim.* Illud obiter adjicio, posse eum, qui per se competens non est, ex accidenti competentem fieri, idque vel propter judicium jam cœptum, vel propter prorogationem jurisdictionis. Cœpti judicii hæc vis est, tum ut auctorem mutuæ petitioni seu reconventioni, ut nunc in foro loquimur, obnoxium reddat, hoc est, ut mutuas rei actiones ibi excipere cogatur, ubi ipse litem movit, tametsi prius ibi conveniri non potuisset, *l.* 22. *de judic. l.* 14. *C. de sent. & interl.* tum ut litigatores retineat in judicio conjuncto. Conjuncta autem judicia hac in re habita sunt possessionis & proprietatis; ac de his ita cautum: Quo in loco prius de possessione actum est, etiam de proprietate agi debere, quamvis rebus integris ibi conventus judicium excipere non cogeretur, ne causæ continentia dividatur, *l. nulli* 10. *C. de jud.* Moribus tamen disjunctos cernimus istarum causarum judices: quippe interdicta possessoria in conciliis provincialibus solent tractari; quæstiones verò proprietatis apud cujusque loci magistratum, Gudelin. *lib.* 4. *cap.* 2. ubi de foro competente latè & eleganter disputat, *art.* 19. *instr. sup. Holland. cur.* Prorogatur jurisdictio, cùm alius judex, quàm cujus notio est, ex conventione aditur, *l.* 18. *de jurisd. l.* 1. *de judic.* de quo consule DD. *ad dict. l.* 1. & *c. si diligenti* 12. *x.* *de for. comp.* Christin. *vol.* 2. *dec.* 160.

Quod sibi debetur) Hotom. 3. *obs.* 17. addit, *vel quod suum est*, ne definitio angustior sit definito: quippe quæ alioqui actioni in personam dumtaxat competere videatur, non etiam actioni in rem, per quam rem nostram petimus, non nobis debitam. Et verum quidem est, propriè ea, quæ nostra sunt, dici non posse nobis deberi, *l. Quintus Mucius.* 27. §. 2. *l. scribit.* 34. *in pr. de aur. arg. leg.* Sed quid prohibet, verbum debendi laxius accipere, ut debere quisque dicatur, quod jure præstare tenetur, quamvis facto suo ad id se non obstrinxerit? Convenit certe hoc & partitioni juris initio propositæ, & præsenti instituto Justiniani, ut divisio in continenti subjecta clarè ostendit. Nec deest veterum authoritas; nam & Ulpian. in *l. pecuniæ,* 178. §. *ultim.* scribit, hoc verbum *debuit*, omnem omnino actionem comprehendere. Planè persecutio criminalis huc non pertinet, qua quisque non quod sibi debetur, persequitur, sed quod vigor publicæ disciplinæ postulat vindictam criminis, *leg.* 9. §. *quod illicitè.* 5. *de publican.* Quæsitum de actione populari & injuriarum. Sed puto, verba definitionis etiam ad actiones has commodè applicari posse. Populares actiones sunt, definitore Paulo *leg. de popul. act.* quæ jus suum populo tuentur: nimirum summus ac præcipuus harum actionum finis est, ut publicæ utilitati & securitati consulatur, *l.* 1. §. 1. *de his qui effud. vel dej.* quam ob causam etiam omnibus pariter propositæ sunt, nisi quod in iis quæ simul continent interesse alicujus privati, is, eujus interest præferatur, *l.* 3. §. 1. *de popul. act. l.* 3. *in pr. de sepul. viol.* Pena, quam persequuntur, regulariter actoris lucro cedit, qui ob id etiam, postquam litem contestatus est, inter creditores numeratur, *l.* 12. *de verb. sign.* fisco ut applicetur, rarum & singulare: ac tum præmii loco pars aliqua datur actori, *l.* 25. §. *ex hoc edicto.* 2. *de Senatusc. Syllan. l. ult. de term. mot.* Cæterum quia hæ actiones ita propositæ sunt, ut ejus demum, qui eas occuparet litem contestando, propriæ fierent, eique soli pœna præstaretur, inde est, quod qui habet actionem popularem, non intelligitur esse locupletior, neque pro creditore habetur, antequam litem contestatus est, *l. pen.* §. 1. *de pop. act.* junct. *l.* 12. *de verb. sign.* Sed enim cùm hæ actiones privatam pecuniæ persecutionem habeant, utique considератæ quatenus jam occupatæ vel etiam occupandæ per litis contestationem, ad definitionem pertinent. Idque menti Justiniani omnino conveniens est, qui & *supr. tit. praced.* §. 1. & *infra hoc, eod. tit.* §. 12. populares aliquot actiones proponit. Eadem fere ratio esse videtur & actionis injuriarum. Hæc ante litem contestatam in bonis nostris non computatur, *l. injuriarum.* 28. *de injur.* scilicet quia si quis de ea litem non contestatus decesserit, perinde est, quasi nullam umquam actionem habuisset, utpote quæ nec illi profuit vivo, nec hæredibus ejus prodest, ad quos non transmittitur, §. 1. *inf. de perp. & temp. act. l.* 13. *de injur.* Usurarum petitio propriam rationem habet; nec tamen eam hinc excludimus. Nam quod usuræ dicantur peti non posse jure obligationis aut actionis, sed officio judicis in bonæ fidei judiciis ob moram præstari, *l. qui per.* 49. §. 1. *de act. empt. l.* 4. *C. depos.* id non significat, usuras non deberi, aut nullam usurarum nomine actionem esse, sed non deberi principaliter; nec esse propriam

priam adionem, qua principaliter petantur, sed sortis dumtaxat, qua mora & ipsæ per consequetiam officio judicis veniant.

TEXTUS.

Divisio prima.

1. *Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo; qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditæ actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.*

NOTÆ.

1. *Judices arbitrosve*) Judicum nomine intelligit judices addictos actionibus stricti juris; arbitrorum, addictos judiciis bonæ fidei, *l. 15. de re jud. l. 7. de leg. Jul. rep.* quamquam & arbitri ex compromisso sumpti huc pertinent, *l. 1. de rec. arbitr.*

Quo casu proditæ actiones in rem) Actio in rem est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, *l. 25. hoc tit.*

Quam Titius suam esse) Actio in rem de re corporali, quæ κατ' ἐξοχὴν dicitur rei vindicatio *tit. D. & C. de rei vindic.* soli competit vero rei domino, *l. 23. eod.* Utilis tamen emphyteutæ & superficiario datur, *l. 1. §. 1. si ag. vect. l. 74. de rei vind.*

Possessor dominum se dicat) Aut utique neget petitorem dominum esse: nam ut contra vindicet, non est necessarium, *§. 4. inf. de interd. l. 4. C. de edend.*

COMMENTARIUS.

1 *Divisionem hic propositam non à materia, sed à causa efficiente sumptam esse.*
2 *Indicatur causa efficiens seu jus, unde actio & in rem & in personam manat.*
3 *Personæ ad constituendum judicium necessariæ.*
4 *Quàm variè nomina hæc, judex, & arbiter, accipiantur, sive conjunctim sive per se posita?*
5 *Arbitratores, quos vocant, huc non pertinere, rejecta vulgata distinctione.*
6 *Disputatio accurata adversus eos, qui mancam esse hanc divisionem contendunt, unoque membro, mixtarum scilicet actionum, mutilatam.*
7 *Nec actiones, quæ dicuntur in rem scripta, tertiam speciem constituere.*
8 *Actio in personam quid, cui, adversus quem detur?*
9 *Quo effectu creditor nomen alienet?*
10 *Actionem in rem cum domino ambulare, eaque teneri novissimè possidentem.*
11 *Actione in personam quid petatur? ubi & insigne discrimen inter hanc & illam, quæ est in rem circa causam libello complectendam.*
12 *Actiones in personam, quæ nec ex contractu, nec ex maleficio originem trahere videntur.*
13 *Formulæ in actionibus in personam usitatæ, & quali locus, cùm agitur ex obligatione faciendi.*
14 *Formula, qua adversarium dare aut facere oportere intendimus, non convenire omnibus actionibus in personam.*
15 *Actio in rem quid sit, unde nascatur; & cui competat principalis illa, de qua hic agitur?*
16 *Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem? & primum de dominio.*
17 *Necesse esse ad fundandam actionem, ut is, cum quo in rem agatur, possideat. Quàm latè verbum possessionis hic accipiatur? Aliaque non passim obvia.*
18 *Possessorem non compelli, ut contra vindicet, dissertatio adversus D. Contium.*
19 *Petitio hujus actionis propria: & qui exitus?*

PRoponuntur hoc tit. quinque aut sex actionum divisiones; quæ naturam, causas, vim & proprietatem singularum velut in tabella exhibent. Quæ hoc §. proponitur, summa dicitur eodem sensu, quo sæpe alibi à nostris, ut in *l. 3. de stat. hom. l. 1. de rer. div. §. 1. infr. de interd.* quia inter multas prima & potissima est. Ratio divisionis ab objecto sive materia petita prima fronte videtur; 1 id enim verba hæc, *in rem & personam*, præ se ferunt. Nos tamen à causa efficiente potius eàm ductam arbitramur, hoc est, à jure, quod quis circa rem habet: idque confirmat tum hic ipse locus, tum *l. actionum. 25. ff. eod.* unde magnam partem, quæ hic traduntur, hausta sunt: ac mox rex tota clarius apparebit. Non igitur ideo, inquam, actio in rem dicitur, quia in ea res petatur; actio in personam, quia petatur persona: una enim actionum omnium materia est res, quæ petitur, sive in personam agatur, sive in rem. Et si quando contingat, ut servus petatur, non petitur ut persona, sed ut res cæteræ, quæ nos-

nostræ sunt, aut nobis debentur. Sed nec ideo actio in personam dicitur, quia ea qui agit, personam conveniat; actio in rem, quia conveniatur res ipsa; quod natura fieri non potest: nam quod Jurisconsulti ita aliquando loquantur, ut dicant rem conveniri, non personam, abusivum est, & specialem præterea rationem in causis, de quibus loquuntur, habet, veluti in *l. 7. ff de publican.* item *l. 19. de jur. fisc.* Quarum in illa prædia conveniri dicuntur ex causa vectigalium, non personæ; ut intelligamus, onera ista prædiorum esse, non personarum; ac proinde quasi à prædiis exigi, atque à possessoribus eo nomine conventis præstanda esse, sine consideratione temporis, quo possederunt. In altera Papinianus negat, pecuniæ publicæ, quam quis á debitore suo in solidum accepit, revocata, usuras præstari, eo quod res, in persona convenitur; quod si explicatur, in *l. 5. C. de priv. fisc.* quia fiscus jure extraordinario privilegii sui rem aufert, non cum obligato ex contractu aliquo fœneratitio agit. At cùm utraque actione & res petatur, & persona conveniatur, qui fit, quod una in rem nomen acceperit, altera in personam? Dicam statim: prius enim causa efficiens utriusque indicanda est unde potissimum, ut ante dixi, 2 sumpta ratio divisionis. Omnis actio procedit ex jure aliquo, quod quis circa rem habet, tamquam à causa efficiente proxima,& itidem variatur pro juris istius diversitate. Quemadmodum autem hoc jus in universum duplex est: unum in re, alterum ad rem; ita quoque duæ in universum diversæ actionum species inde manarunt, sive duo remedia ad jus illud judicio persequendum. *Jus in re*, quod obiter hic inculcandum, multiplex, dominium tum directum tum utile, ususfructus, servitutes, pignus, jus possessionis. *Jus ad* 1 *rem* unum est, obligatio scilicet, sive creditum. Ex jure, quod quis in re habet, proficitur actio in rem, pro diversa quidem qualitate istius juris diversi quoque generis, sed id ad rem propositam nunc nihil facit. Obligatio actionem in personam parit. Illa in rem dicitur, quia domino quod detur, rem perpetuo sequitur, atque ut persona hic conveniatur, hoc est, possessor, tamen non convenitur propter se, sed propter rem possessam. Hæc autem in personam dicta est, quia ut persona hic convenitur, ita convenitur propter se; quia se obligavit, non propter rem petitam. Quod tamen non sic accipiendum est, quasi qui ex obligatione agit, non hoc agat, ut rem quæ in obligationem deducta est, consequatur: sed sic, quod actione in personam quisque tenetur ob hoc solum, quia verbi causa promisit, se daturum esse; & hoc sive rem habeat, sive non habeat: cùm actione in rem propria propter hoc solum teneatur, quod rem possidet, nec compellatur in rem actionem pati, si rem defendere nolit, aut sine dolo possidere desierit, *l. si autem 27. §. 1. l. ult. de rei vind.*

3 *Quibus inter aliquos apud judices*) Tribus his verbis breviter comprehenduntur tres illæ personæ, quæ ad constituendum judicium necessario requiruntur, actor, reus, judex. Actor & reus litigatores sunt, inter quos res agitur, & quorum ille est, qui litem intendit, hic, qui excipit. Græci φεύγοντα appellant,& more Græcorum nostri aliquando partem fugientem, *l. 2. C. de jurejur. propt. cal. l. 13. §. 2. de judic.* Judex, apud quem res agitur, qui idem causam cognoscit, & litem auctoritate sua dirimit. Unde judicium non male definitur legitima rei controversæ inter actorem & reum apud judicem tractatio, in eum finem instituta, ut lites publica auctoritate sopiantur.

4 *Judices arbitrosve*) Nomina hæc judex & arbiter non eodem semper modo accipiuntur, nec per se posita, nec conjuncta, ut hoc loco. Utrumque autem vel proprie accipitur, vel impropriè. Judex propriè dicitur, qui ita judicat, ut in eo munere publico fungatur: etenim judicandi munus publicum est, *l. quippe, 78. ff. de jur. dic. l. ult. §. judicandi 14. de mun. & hon.* Atque hinc judices omnes dicuntur habere notionem, id est, potestatem cognoscendi jure publico constitutam, *l. 5. de re judic.* Impropriè judices dicuntur arbitri, qui ex consensu litigatorum & compromisso sumuntur: quippe consensus privatorum judicem facere non potest, *l. 3. C. de jurisd.* Appellantur autem judices propter affinitatem, quam cum veris judicibus habent, eo quod partibus judicis fungantur, arbitria ad similitudinem judiciorum redacta sint, *l. 1. l. 13. §. 2. de rec. arbitr. l. pen. ff. l. 14. C. de judic.* ac tametsi sententiæ eorum executioni mandari non soleant, effectum tamen aliquem habent vi stipulationis pœnalis. Arbitri propriè & plerumque dicuntur iidem illi, quos diximus, judices voluntarii & compromissarii. Non est tamen infrequens, ut veri quoque judices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi, qui ex bonæ fidei judicio cognoscunt; & maximè in judiciis divisoriis familiæ erciscundæ & communi dividundo: unde & judicia ipsa arbitria, *l. 24. depos. l. arbitrium 43. l. ult. ff. l. 15. l. 17. C. famil. ercisc. l. 18. ff. l. 3.*

l. 3. *C. comm. divid. l. pro socio* 38. *ff. pro soc.* Sic autem appellati sunt hujus generis judices propterea quod libera iis potestas permittitur arbitrandi æstimandique, quantum alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. De quo pluscula ad §. 28. & 30. *inf.* Præterea nomen judicis etiam tunc cùm propriè usurpatur, aliquando generaliter accipitur, ut eo contineantur omnes, qui cognoscendi & judicandi potestatem habent, sive eam habeant jure magistratus, aut vi alicujus jurisdictionis, *l.* 1. *de judic. tot. tit. C. de jurisd. omn. judic. tit. ff. & C. de reb. auct. jud. poss.* sive jure nudæ notionis, ut judices pedanei; aliquando specialiter pro pedaneis judicibus dumtaxat, hoc est, iis qui dati sunt à magistratibus aliisve qui jus dandi judicem habent; in qua significatione etiam passim hoc verbum sumitur, non tantùm cùm opponitur verbo magistratus, sed etiam cùm per se & absolutè ponitur, *l.* 1. *&* 3. *de jurisdict. l.* 12. *§. l. in privatis* 77. *de judic. l.* 15. *l. judex.* 55. *de re judic. l.* 2. *de reg. jur.* Cujus tamen distinctionis non tantus est hodie hujus, quantus olim fuit; cùm judicis passim dandi licentia nunc sublata sit, *l.* 2. *C. de pedan. jud.* Est & tertia hujus vocis significatio adhuc magis specialis, quæ ex adjuncto cognosci potest, veluti cùm hæc duo conjunguntur, judices arbitrive, & maximè cùm additur, à magistratu dati, ut in *l.* 15. *de re jud. l.* 7. *de. l. Jul. rep.* Quod cùm fit, judicis nomen in specie accipitur, restringiturque ad certos tantùm judices, datos quidem à magistratu, sed in judiciis stricti juris potestate judicandi certa formula, quam excedere non liceat, circumscripta. Sicut per nomen oppositum arbitri, judices item veros tunc intelligimus, sed qui addicti sunt bonæ fidei judiciis, aut etiam arbitrariis, *l.* 14. §. 4. *quod met. caus.* minimè autem tales, ad quos ex compromisso itur. Hoc verò vel ex uno loco Senecæ intelligere licet, qui *lib.* 3. *de benef. cap.* 3. sic scribit: *Melior videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quàm si ad arbitrum mittatur, quia illum formulæ includit, & certos, quos non excedas, terminos ponit, hujus libera & nullis constricta vinculis religio est.* Planè cùm simpliciter hæ voces, judex & arbiter junguntur, nec aliud exprimitur, unde diversum colligi possit, utramque vocem propriè posse accipi constat, ut cùm Jurisconsultus in *l.* 9. *ff. de re jud.* scribit, furioso sententiam à judice vel arbitro dici non posse; unde & de hoc ipso loco judicandum. Atque ut forte Justinianus de arbitris ex compromisso sumptis non cogitaverit, non eo tamen minus huc pertinent, ubi de actione instituenda quæritur. Nam & apud eos eadem omnia hic servantur, quæ apud veros judices, nec aliter arbitria eorum rata sunt, quàm si ordine judiciario, id est, causa more judiciorum agitata & cognita, ad sententiam ferendam processerint, *l.* 1. *de rec. arb.* Vinn. Quam diversa fuerit judicum arbitrorumque potestas, ex ipsis formulis, quibus dari solebant, paret. Judex in stricti juris judiciis ita dabatur: *C. Aquili, Judex esto, si paret Catulum Servilio debere centum, tu illum in centum condemna.* Nihil itaque hic poterat judex præter formulam, sed ex formula condemnabat tanquam *ad libellam*, ut ait Cic. *pro Q. Rosc. cap.* 4. contra arbiter in judiciis bonæ fidei ita dabatur: *si paret, Catulum Servilio domum vendidisse, tum quantum Catulo Servilium ob eam rem dare ex fide bona oporteat, tanti damnetur.* In arbitrariis denique: *Arbiter esto: & si paret, Mævium vestem Servili habere, neque is arbitrio tuo exhibuerit, tum quantum in litem Servilius juraverit, tanti damnato.* Hic ergo aliquid arbitrio arbitri, vel judicis erat relictum, ut posset & usurarum habere rationem, & exceptionum, quamvis formula non comprehenderentur. Add. Sigon. *de Judic.* 1. 24. Hein. Enim verò nihil huc pertinent arbitratores, quos vocant: quippe qui non ut judices adhibentur ad controversiam sententia sua decidendam, sed ut nudi mediatores interveniunt in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit; veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces, in arbitrium certæ personæ conferatur, *l.* 75. *cum seqq. pro soc. l. ult. C. de contr. empt.* nullus autem locus dari potest, quos lis aliqua decisa arbitratoris interventu dicatur. Et commentitia est, prorsusque aliena à ratione juris civilis interpp. distinctio, qui duo arbitrorum genera faciunt, arbitros & arbitratores, quorum illi tamquam judices servato ordine judiciorum procedant, hi sine solemnibus litem amicè ex æquo & bono componant, ut post Coras. 4. *misc.* 4. 18. bene ostendit Bachov. *ad tit. ff. de rec. arbitr. cap.* 1. *num.* 2. usu tamen interpp. distinctio invaluit. Gail. 1. *obs.* 150. Merul. *lib.* 1. *tit.* 7.

In duo genera) Ita & Ulpian. in *l.* 25. *ff. hoc tit.* Addendum plerique putant & tertium genus, ex §. 20. *inf. eod.* actiones sc. mixtas, cujusmodi sint actio familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quas expressè dicto loco Justinianus, ait, mixtam causam obtinere tam in rem, quàm in personam: item petitio hæreditatis, quæ & ipsa mix-

mixta dicitur, in *l.* 7. *C. de hær. pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem, quàm in personam actionum efficit, de qua Cujac. *par. C. fin. reg.*

¶ At enim verò si hoc ita est, dignus sanè reprehensione fuerit Tribonianus, qui summam omnium actionum divisionem se proponere professus, eam uno membro mutilatam proponit, hoc est, pro trimembri bimembrem facit, uno membro omisso, quod ad perfectionem totius non minus, quàm duo illa, quæ posita sunt, pertineat. Nec accipio responsionem quorumdam, qui fatentur quidem, rectius Tribonianum facturum fuisse, si vel una divisione species omnes complexus esset, vel statim tertiam subjecisset; sed cùm de re ipsa constet, & tertia illa species proposita sit in *d.* §. 20. leges divisionis & methodi insuper habendas. Hæc enim responsio, ut aliquid pro Triboniano facere possit, si quid ab eo minus rectè factum, tamen nihil adfert pro defensione Ulpiani, qui itidem duo dumtaxat actionum genera in *d. l.* 25. ponit & explicat, in rem, quæ (inquit) dicitur vindicatio, & in personam, quæ condictio appellatur: transitque deinde ad alia, miscelli generis nulla facta mentione: vitiosè omnino, si præter duo ista genera, quæ proponit, adhuc tertium genus actionis superfit, ab utroque distinctum. Ego sic sentio, veteres plura actionum genera, quam duo illa, quæ hic proposita sunt, non agnovisse, easque, quæ mixtæ aut mixtam causam obtinere certo respectu dicuntur, comprehendisse sub simplicibus, atque annumerasse ei speciei, ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde quia tria ista judicia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, origine sua & essentia sunt actiones in personam, sine solùm & effectu quædam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in personam numeraverunt, *l.* 1. *fin. reg.* ut & ipse Justinianus in *l.* 1. §. 1. *C. de anu. excep.* Petitionem autem hæreditatis inter actionem in rem *l.* 25. §. *antepen. de hær. pet. l.* 1. *l.* 27. §. 3. *de rei vind.* ob causam nimirum contrariam. Id verò ita esse, non aliunde certius constare potest, quàm ex conjunctione, *d. l.* 1. *fin. reg.* cum *d. l.* 25. §. *antepen.* Nam in *d. l.* 1. Paulus sic disertè scribit. *Actio finium regundorum in personam est, licet pro rei vindicatione sit.* Quod nihil aliud est, quàm si diceret, non eo minus actionem finium regundorum personalem censeri debere, quod comparata sit quasi loco vindicationis, quodque proprietatis controversiæ cohæreat, ut loquitur Constantinus in *l.* 3. *C. eod.* & quod per eam, rem nostram, quæ intra fines nostros sit, consequamur, qui effectus est rei vindicationis: quia nihilominus verum sit, eam ex obligatione descendere, darique adversus eum solùm, qui nobis sit obligatus. Quod quidem manifestum est, si quis de vicini maleficio quæratur, veluti quod arbores terminales extirpavit, vel alias sciens fines suos protulit. Sed & si forte antiqui limites inveniri non possunt, vel non satis evidenter cujusque agrum distinguant, ita ut novi sint constituendi pro mensura cujusque agri, aut adjudicatione, & condemnatione, controversia dirimenda, *l.* 2. *l.* 3. *fin. reg.* §. *pen. inf. de off. judic.* ex obligatione tamen adhuc agitur, quam finium confusio & perturbatio parit. Idemque judicandum de actionibus familiæ erciscundæ, & communi dividundo, in quibus etiam res est certior. Nam in his de dominio aut proprietate nulla est quæstio, nec quid restitui postulatur, sed ut res dividatur, & recedatur à communione. Quin etiam possidenti ultro dantur, *l.* 1. §. 1. *fam. ercis.* Ex contrario in *dict. l.* 25. §. *antepen.* sic Ulpian. *Petitio hæreditatis etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.* Quasi diceret: petitio hæreditatis in rem actio est, quia non ex obligatione aliqua nascitur, sed per eam rem nostram petimus, quæ ab alio possidetur; ita tamen in rem, ut exitu quædam communia habeat cum actionibus in personam, nempe præstationes istas, quarum meminit, pretiorum & pecuniæ à debitoribus hæreditariis exactæ: hæc enim non efficere, quominus in rem sit & dici debeat, quia talis est principaliter, per se, & origine sua. Quamobrem ferre non possum, quod Bachovius contendit, actiones hasce etiam ratione essentiæ suæ & originis mixtas esse; quia nascantur ex duplici eoque diverso principio, dominio scil. & obligatione. Nam præterquam quod hoc à mente veterum longè alienum est, (cur enim illi petitionem hæreditatis actionem in rem esse dicerent, actionem autem finium regundorum in personam, si illa æquè in personam, hæc æquè in rem esset, atque utraque essentiali origine tam in rem, quàm in personam?) non caret etiam implicatione contradictionis. Et fatetur quidem hoc ipse Bachovius; cæterum se inde expediri conatur posito pro diversitate objecti diverso quoque principio & causa agendi. Cùm itaque duplex sit objectum petitionis hæreditatis, hæreditas ipsa, & præstationes, quas diximus, personales, quatenus illa petitur, actionem istam ait in rem es-

se

se utpote quæ nascatur ex jure dominii, eique soli competat, qui se hæredem, id est, hæreditatem suam esse intendit: quatenus verò eadem actione hæres petit, sibi præstari pretia rerum venditarum, eave, quæ à debitoribus hæreditariis exacta sunt, esse eam in personam, atque ex contrario principio, jure scilicet obligationis, oriri. Simili modo cùm actio, verbi causa communi dividundo duplex quoque objectum habeat, divisionem rei communis, & mutuas quasdam item præstationes, fructuum, impensarum, damni dati, *l. 3. §. 3. comm. divid.* ait, quatenus propter divisionem rerum agitur, actionem hanc in rem esse, quatenus propter alias causas, in personam: unam autem actionem mixtam, in qua producenda duæ diversæ causæ distinctim & æqualiter concurrant, dominium & obligatio. Ego verò non dubito, quin totum hoc falsum sit: quia sic non una actio, sed duæ omnino diversæ & distinctæ pro diversis rebus obtinendis constituuntur, quod veterum nemini in mentem venit. Sed, quod ante dixi, petitio hæreditatis natura & essentia sua actio in rem est: quod & nomen ipsum satis arguit, *l. 28. ff. h. t.* Præter naturam autem actionum in rem accidit in hac actione, quæ de universitate est, ut in eam quoque veniant quædam præstationes personales, non propriè ex præcedente aliqua obligatione, qua facto suo se obstrinxerit possessor hæreditatis; quem constat quasi rem suam gerentem nemini se obligare voluisse, *l. 14. §. 1. comm. divid.* sed quarum nomine is qui petitione hæreditatis convenitur, perinde ac quisque, qui se obligavit, tenetur; hoc est etiamsi, exempli gratia, pecuniam exactam non possideat, nec dolo possidere desierit, *l. 20. §. ult. de hær. pet.* & omnino ut debitor generis, non speciei: atque hoc demum respectu mixta personalis hæc actio dicitur in *l. 7. C. de hær. pet.* Contra actiones familiæ erciscundæ & communi dividundo in personam sunt, non descendentes ex domino simul & obligatione; sed ex obligatione dumtaxat, quam una parit rerum suspecta communio, quæque non minus socium obligat ad patiendam rerum divisionem, adjudicationesque, & condemnationes, quàm ad præstationes lucri, damni, impensarum, manentem in commune. Tantum quia consortes de re sua agunt, hoc est, parte sua, instar eorum, qui rem vindicant, ideo dicuntur hæ actiones mixtam suam obtinere videri, tam in rem, quàm in personam, *d. §. 20. inf.* De actione finium regundorum expresse testatur Paulus in *l. 1. fin. reg.* in personam eam esse, licet & ipsa certo respectu pro actione in rem sit, ut initio diximus. Minus autem ferendi sunt, qui actiones quæ in rem scriptæ dicuntur, qualis verbi causa est actio quod metus causa, *l. 9. §. ult. quod met. ca.* aut personales non esse contendunt, aut esse mixtas non dissimili sensu, quàm quo superiores. Nam actionem quod metus causa in personam esse, expresse traditur in *§. præterea 31. infra eodem.* & palam est, eam esse ex obligatione, obligationem ex maleficio, quod facinus appellatur in *l. 14. §. quod si 11. quod met. cau.* quod autem scripta in rem dicitur, non hanc habet significationem eam in rem esse, nascive ex aliquo jure, quod quis in rem habet, ut proinde rem & propter rem possessorem sequatur: sed indefinite de eo, quod metu gestum est, conceptam esse sine designatione personæ, ad quam verba actionis dirigantur, ut hoc explicat. Ulp. in *d. l. 9. §. 1. & ult.* atque ex usu veterum in hujusmodi orationibus observantur viri eruditi Duar. *ad l. 7. pactorum. 8. de pact. & ad tit. quod. met. caus. cap. 3.* Donell. *hoc loco*, & *15. comm. 38.* VINN. Quamvis quæstio illa, denturne actiones mixtæ? non adeo magni momenti sit, & ipsi alio loco ostenderimus, posse doctrinam de actionibus & sine hac distinctione explicari; non tamen existimo absurdam esse eorum sententiam, qui mixtas actiones reperiri contendunt. Nam (1) quamvis & Ulp. *l. 25. ff. de O. & A.* & Tribonianus hoc §. actiones in duo summa genera partiantur; nihil tamen in jure nostro frequentius est, quàm ob species, quæ mixtam caussam habent, modo bipartitam, modo tripartitam dari divisionem. Vid. Noodt. *Prob. 1. 12.* (2) Quamvis petitio hæreditatis nascatur ex jure hæreditario simul, tamen etiam pro fundamento habet quasi contractum, puta administrationem rei alienæ, arg. *l. 1. l. 3. l. 10. §. 1. l. 25. §. 11. l. 50. §. 1. ff h. t.* (3) Ita & judicia divisoria manifesto & jus in re ponunt & obligationem ex quasi contractu. Unde non nude in *personam* esse dicuntur hæ actiones, sed *pro rei vidicatione*, *l. 1. ff. fin. reg.* & speciatim judicium communi dividundo *magis ex re, quàm ex persona socii*, nasci dicitur, *l. 29. pr. ff. comm. div.* (4) Non absurdum est, veteres JCtos hæreditatis petitionem realem; judicia divisoria personalia dixisse, quamvis mixtæ sint naturæ. Denominationem enim sæpe in mixtis ab eo sumimus, quod prævalet; & sufficit mixtas has actiones diserte appellari in *§. 10. h. t.* & *l. 7. C. de hær. petit.* Non enim sane ob finem ita dicuntur, sed quia duplex hic est caus-

caussa petendi : jus in re & obligatio. HEIN.

8 *Cum eo qui obligatus*) Descriptio actionis in personam exprimens definitionem, quæ traditur in *l. actionem. 25. ff. hoc tit.* ut sit actio, qua cùm eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum. Quæ definitio clarè ostendit, cui & adversus quem hæc actio competat, & quid per eam petamus. Nimirum cùm causa hujus actionis sit obligatio, obligatio autem inter duos intercedat, inter eum, qui obligatum habet, & qui obligatus est; quorum ille creditor, hic debitor dicitur, sponte hinc satis intelligimus, dari hanc actionem ei, qui alium obligatum habet, in eum, qui obligatus est. Et notandum, quod hæc actio & eidem semper & adversus eumdem detur. Quod adversus eumdem semper locum habet, ut scribit J. C. in *d. l. 25.* mirum non est: neque enim obligatio à persona debitoris separari, aliusve debitor invito creditori substitui potest. Verùm obligatio debitorem sequitur, ut lepra leprosum, *interpp. hic.* Sed & quod eidem semper detur, nec alii, quàm primo creditori, ex eadem ratione itidem est: nam nec obligatio ab eo, cui primo acquisita est, avelli potest, sed in persona ejus perpetuo hæret; ac proinde & actio, quæ ex ea obligatione nascitur. In summa obligationes atque actiones personales ita comparatæ sunt, ut in persona utriusque contrahentium eas radicari oporteat: adeo ut nec ab initio expressa conventione fieri possit, ut vel alius obligetur, vel alteri obligatio aut actio acquiratur, §. 3. 4. & 18. *de inut. stip. l. stipulatio 38. §. alteri 17. sup. de V. O. l. 11. de obl. & act.* licet posterius hoc suas habeat exceptiones, de quibus dictum §. 18. *sup. d. tit.*

9 At enim verò etsi ex ratione juris creditor nomen alienare non potest hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales & quæ dominii nostri sunt à nobis transferuntur, receptum tamen est, ut possit nomen & actionem vendere, aliove modo transferre hoc effectu, ut, verbi causâ ex vendito conveniri possit, ut actiones suas cedat, quo facto emptor procurator in rem suam constituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem suam exerceat. Sed & non cessis actionibus placuit emptorem suo nomine utilibus experiri posse. Quod benignè constitutum est, quo plenius emptori cæterisque consuleretur, *l. 16. ff. de pact. l. 5. l. 8. C. de hær. vel act. vend l. 18. C. de legat.* de quo fuse & subtiliter disserit Bachov. *de action. disp. 4. thes. 2. & 3.* In actione in rem utramque contrario modo se habet.

10 Nam cùm ea non ex alia causa nascatur, quàm ex dominio, aut simili in rem jure: hoc autem jus à domino una cum re ipsa totum ac directum in alium transferri queat; inde necessario evenit, ut non semper eidem, sed ei semper qui novissimè rei, de qua quæritur, dominium nactus est, in rem actio, & quidem directa detur. Similique modo cùm res, quam hac actione persequimur, ad alium atque alium possessorem transire, atque ut Jason hic loquitur, per mille manus ambulare possit, accidit quoque, ut actio in rem non semper adversus eundem locum habeat, sed adversus quemcumque, qui quo tempore agitur, rem possidet, *d. l. 25.* Atque hinc etiam oritur formularum & intentionum diversitas; nam formula actionum in rem absolutè concipitur sine designatione certæ personæ, *Ajo, hanc rem ex jure Quiritium meam esse*: in personalibus autem relata est & directa in personam rei. *Ajo, te mihi centum dare oportere.*

11 Petimus autem hac actione, quod nobis ex obligatione dandum vel faciendum est: quod & ipsum quoque definitione superiore continentur. In obligationibus faciendis petitur id, quod interest; in actionibus generalibus, pro socio, negotiorum gestorum tutelæ, ratio administrationi & reliqua. Non sufficit verò, ut actor generalem proximam causam actionis intentione sua complectatur, puta quod reus ei obligatus sit decem dare, aut obligatus sit ex contractu aut quasi; sed addenda causa propria: *Ajo, te mihi dare oportere decem, quæ tibi dedi mutua.* In actionibus in rem sufficit causam communem dicere, hoc est, se dominum esse, etsi non adjiciat ex donato, legato, aut simili causa. Ratio varietatis hæc est, quod qui se dominium dicit, satis dicit de jure suo, unde sciri possit adversarius, utrum sibi expediat contendere, necne. At in actione in personam, nisi causa obligationis propria exprimatur, nihil de eo reus statuere potest. Planè nomen actionis libello complecti nihil necesse est, cùm id opposita certa & convenienti agendi causa ex ipsa narratione satis intelligatur. Add. Gail. 1. *obs. 61.* Schneid. *hic n. 110. & seqq.* Don. *ad l. 3. de edend.*

Vel ex contractu vel ex maleficio) Subaudi, vel quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio. Nihil enim frequentius est, quam ut appellatione contractus etiam quasi contractus, appellatione maleficii etiam quasi maleficium comprehendatur, §. 10. §. 18. & *seq. inf. hoc tit.* §. 1. *infr. de perp. & tempor. action. l. 16. de neg. gest. l. ex contractibus 49. de obl. & act.*

At-

Atque hæ quidem sunt causæ principales, ex quibus obligatio atque actio in personam oritur: sed tamen non sunt solæ. Occurrunt 12 enim quædam actiones, quæ etsi in personam sunt, tamen nec ex contractu nec ex maleficio originem trahunt, sed ex sola æquitate dantur, quales sunt in factum subsidiariæ, §. *ult. supr. de leg. Aquil. l. 23. §. item quæcumque 5. l. cum autem 52. de rei vindic.* Hujus generis item est actio de tigno juncto in duplum adversus eum, qui bona fide junxit, *d. l. 23. §. pen. l. 7. §. cum in suo 10. de acqu. rerum dom.* Item quæ datur in specie *l. si & me & Titium 32. de reb. credit.* Et condictio sine causa aut ex juxta causa, qua tenetur possessor malæ fidei nomine consumptorum fructuum, *l. 3. C. de condict. ex leg.* Sed neque actio de peculio propriè dici potest descendere ex contractu, quia dominus aut pater revera nihil contraxerunt. Ad exhibendum quoque actio personalis esse dicitur, *l. 3. §. 3. ad exhibend.* quam tamen nec ex contractu, nec ex maleficio, nec ex simili aliquo facto obligatorio nasci constat, sed dari tantùm ob summam æquitatem conjunctam cum utilitate publica & civili, quia scilicet quisque tenetur præstare, quod nullo modo noceat, alteri etiam prosit ad obtinendum quod sibi debetur, *l. 2. §. 5. in fin. de acq. pluv. arc.* Pulchrè Oldend. *class. 3. act. quæst. 2.* Postremo nec omnis obligatio aut actio, quæ ex conventione est, ex contractu descendit; veluti quæ nascuntur ex pactis legitimis: atque hæc fortassis causa est, cur Cajus in *l. 1. pr. hoc tit.* fontes obligationum indicans, cùm contractus & maleficii mentionem fecisset, reliquas dicat nasci proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Revise quæ notamus *sup. ad §. ult. de obl.*

13 *Dare aut facere oportere*) Verba sunt vulgaris & usitatæ in actionibus in personam formulæ: in qua verbum *dare* dominii translationem significat, §. 14. *inf. l. ubi autem 75. §. ultim. de V. O. l. 25. §. 1. de contr. empt.* verbum *facere*, nudum factum, ut insulam ædificari, rem tradi, *l. 28. l. 72. in pr. d. l. 75. §. 7. de V. O.* uti & in divisione stipulationum, *l. 3. pr. d. tit. §. ult. Inst. eodem.* Ait *dare aut facere* disjunctim, sicut etiam in §. 15. *inf.* quo tamen non hoc significat, intentionem formulæ actionum in personam duplicem esse oportere, quanti necesse sit utrumque semper oppositum uno axiomate disjunctim disponi, formulamque hoc modo concipi: *Ajo te mihi dare aut facere oportere*: sed duas esse diversas harum actionum formulas, quarum una intendamus adversarium dare, altera facere oportere, prout vel ad dandum vel ad faciendum obligatus est. Putaverit fortasse quispiam, cùm ex faciendi obligationibus numquam agi possit ad factum ipsum, sed id tantum quod interest in actionem deduci, *l. 13. §. 1. de re judic. d. l. 72. in fin. pr. de V. O. §. ultim. Instit. sup. eodem tit.* fieri non posse, ut umquam tali formulæ locus sit, quæ facere oportere intendatur: nam præstare id quod interest, non esse facere, sed dare id quidem hoc loci verba ista accipienda sunt. Sed rectè dicimus, hac formula, *Ajo te facere oportere*, nudam contineri intentionem actoris, quæ litem contestatam præcesserit. Utique enim quod promissum erat significandum fuit, atque apud prætorem proponendum: & quia fieri poterat, ut reus promissum negaret, haud dubiè a prætore quoque insertum fuit formulæ, hoc forte modo: *Si paret Mevium facere debuisse, nec fecisse, quanti interest, condemnetur*, prætore ex hypothesi facti promissi & probanti dirigente jussionem de condemnando non in ipsum factum, sed in id, quod interest. Potest & mixta hic admitti formula, *dare, facere*, ut *dare* accipiamus tamquam subrogatum τῷ *facere*: & ad id quod interest referatur.

14 *Aliis quibusdam modis*) Id est, aliis agendi formulis. Nam illæ, quibus intendimus adversarium dare aut facere oportere, non conveniunt omnibus actionibus in personam, sed plerisque & maximè quibus dare, iis, quæ in specie dicuntur conditiones: sunt verò & aliæ aliis in personam actionibus accommodatæ, quibus nec ut quid nobis detur, propriè, nec ut fiat, petimus: sed quibus, verbi causa, intendimus adversarium tradere aut restituere oportere, ut in actione commodati, depositi, pigneratitia. Neque enim arbitror, verbum faciendi in hac formula, *Ajo te facere oportere*, tam latè accipi posse, ut eo contineatur etiam rei traditio aut restitutio; alioqui hujus formulæ hujus quoque esset in rei vindicatione. Sed, ut ante dixi, nudum factum significat: quod commemoratur quidem ab eo qui agit ex obligatione faciendi, tanquam quod præstari oportuit; sed intentio tantùm dirigitur in id quod interest, quod secus est in actionibus modo commemoratis. Et ex diverso cùm is, qui rem commodat, deponit, oppignerat, dominus maneat, certum est, nec contrariæ formulæ locum esse, neminemque posse per actionem commodati, depositi, pigneratitiam, intendere dari sibi oportere. Sed & in actionibus divisoriis, quas personalibus veteres annumerant, alia formula principalis intentionis fuit, §. *quædam 20. infr.*

infr. eod. Quamobrem rectè opinor Theophilum verba Justiniani & aliis quibusdam modis reddidisse *καὶ ἑτέροις δὲ τρόποις δυνατὸν γενέσθαι τὴν ἀγωγὴν. Sed & aliis modis talis actio intentari potest.* Durum certè est, verba ista referre ad illa remotiora ex contractu, vel ex maleficio, quasi cæteras obligationum causas indicent præter contractus & maleficia: add. Bachov. *hic*, *&* *disput. 4. de act. thes. 1.*

15 *Qui nullo jure ei obligatus*) Sequitur descriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rursus definitionem ejusdem actionis traditam in *l. 25. ff. hoc tit.* ut sit actio per quam rem nostram quæ ab alio possidetur, petimus: & semper adversus eum est, qui possidet: unde nullo iterum negotio intelligi potest, cui & adversus quem hæc actio detur, & quid petat. Ait *nullo jure*, id est neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto, aut jure, cujus vi persona ejus, qui in rem actione convenitur, afficiatur: ut intelligamus, non esse inter personam ejus qui in rem agit, ejusque cum quo agitur, affectionem relationis, qualis est inter creditorem & debitorem propriè dictum: sed actioni in rem locum facere solam rem possessam, non vinculum aliquod personale.

Quo casu proditæ sunt actiones in rem) Cùm non ex obligatione, sed alia ex causa, jure scilicet in re, judicio experimur, non in personam, sed in rem actio est, cujuscumque generis jus illud sit, sive dominium directum aut utile, sive servitus, sive possessio, sive pignus. Etsi enim dominium, ut principale jus in re, præcipua est actionis in rem causa, & ideo quæ inde nascitur actio, per antonomasiam actio in rem & rei vindicatio absolutè dicitur, ut in dubio quoque ubi actionis in rem mentio fit, hæc ipsa intelligatur, *tit. ff. & C. de rei vindic.* non est tamen causa actionum in rem sola, ut apparet ex §§. qui proximè sequuntur, nisi forte appellatione dominii, latius sumpto vocabulo, cætera quoque jura in rem comprehendas. Hoc §. una tantùm in rem actio proponitur, eaque civilis ac directa, & scilicet principalis illa, quæ non alii competit, quam vero rei domino, *l. 23. ff. de rei vindic.* Igitur emphiteutæ & superficiario, qui veri domini non sunt, non datur: at his datur in rem utilis, *l. 1. §. 1. si ag. vect. l. 74. de rei vindic.* Nimirum propter aliud jus, quod in re habent; quod sive dominium utile, sive jus dominio proximum appelletur, parum refert. In hac autem utili actione mutato nomine petitoris & rei petitæ eadem omnia obtinent, quæ in directa.

Rem corporalem possideat, quam Titius suam esse, &c.) Ad fundandam actionem in rem 16 duo extrema ponenda & probanda sunt; à parte actoris dominium; à parte rei conventi possessio; id quod ostendit tum hic locus, tum *l. 25. in princ. ff. eod. l. 23. in pr.* junct. *l. 36. & ultim. ff. de rei vind.* Primum, quod hic intendit actor & probare debet, est, se dominum esse: etenim causa petendi in actione in rem tota fundata est in jure dominii, ex quo & formula in hunc modum concipiebatur, *Si paret, rem petitoris esse.* Atque hoc quidem dubio omni caret. Illud dubitationem habet, an ad hoc, ut in judicio in rem actor obtineat, necesse sit, ut tempore litis contestatæ dominus sit, àn veró sufficiat, ante sententiam dominium ei supervenisse. Jure Canonum res definita est, nimirum possessorem nihilominus condemnandum esse, *cap. Abbate 3. x. de re jud. in 6.* At quæritur de jure civili. Ego cum Joanne Fabro existimo, ex ratione juris civilis nova hìc opus esse interpellatione, per express. text. in *l. 23. ff. de judic.* qui locus non patitur, ut dicamus, tempus, quo dominium supervenit, fictione juris retrotrahi ad tempus impetratæ actionis aut suscepti judicii: & bene idem Faber judicat, non procedere argumentum à reo, qui post litem contestatam possidere cœpit, ad actorem, qui post id tempus dominus factus sit: nam ex parte actoris potissimum judicium fundatur, & res in judicium deducitur: non potest autem dici, in judicium deductum esse id, quod demum post acceptum judicium actor acquisivit, ac proinde nec potest judex datus in hac specie procedere ad condemnationem, sed nova formula à prætore impetranda, novumque constituendum judicium est, *d. l. 23.* junct. *l. 18. ff. comm. div.* Planè ubi apud ipsos magistratus judicium instituitur, quod post *l. 2. C. de ped. jud.* fere necessarium fuit, nihil vetat, quominus sine ambagibus recta & eodem judicio lis decidatur, & possessor in hujusmodi casu condemnetur. Et cur verò absolveretur, mox alio judicio ab eodem condemnandus? Continuatio certè dominii in persona actoris præcisè requiritur: nam si is post litem contestatam dominus esse desierit, & in eadem causa manserit usque ad tempus ferendæ sententiæ, reus omnino absolvendus est, utpute cessante causa agendi, cujus non minus tempore sententiæ, quàm quo lis contestatur, ratio habetur, per *l. 7. §. ult. ff. ad exhib.* ita & Jas. *hic. num. 69.* ex communi DD. sententia. Alterum, quod ad instituendam & fun- 17 dandam actionem in rem necessarium esse diximus.

ximus, est, ut is, cum quo agitur, possideat. Nam cùm hac actione agens rem sibi ut domino restitui postulet, & secundum naturam hujus actionis, quæ arbitraria est, officio quoque judicis contineatur, ut is prius, quam sententiam ferat, jubeat rem restitui, §. *præterea.* 31. *infra eodem.* Non potest aut debet hoc ab eo peti, aut is juberi restituere, qui restituendi potestatem non habet: nemo autem habet nisi is, qui rem petitam possidet. Sufficit verò ad reum condemnandum, possidere eum, quo tempore res judicanda est, etsi non possidebat, cùm lis contestaretur, *l.* 27. §. 1. *de rei vind.* Possessionem autem hic latius accipimus, ut eo verbo etiam contineantur nudi detentores, id est, qui corpore tantùm rem tenentes ejus restituendæ facultatem habent, quales sunt, apud quos res deposita, aut quibus commodata est, aut qui conduxerunt, &c. *l.* 9. *ff. de rei vind.* Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in possessione sunt, actionem excipere, *l.* 2. *C. ubi in rem act.* Interpretatione juris pro possessore quoque habetur, qui se liti obtulit, judiciumque accepit decepto petitore, *l.* 7. *l.* 25. *& seq. ff. de rei vindic.* item is, qui dolo fecit, quominus possideat, *l.* 22. *l.* 27. §. 3. *l.* 36. *d. tit. l.* 25. §. 8. *de hæred. pet.* De quo res postulat, ut plura dicamus, & simul quid juris, si dolus non intervenerit. Si reus, cùm jam lis contestata esset, possessionem amiserit, si quidem sine dolo malo aut culpa, absolvendus est, eoque pertinet *d. l.* 27. §. 1. si culpa sua, pati debet æstimationem: ita tamen, ut audiendus sit, si desideret, ut adversarius actiones suas cedat, *d. l.* 36. §. 1. junct. *l.* 63. *eodem tit.* si dolo, vel fraude, damnandus est, quantum adversarius in litem juraverit, nec auditur desiderans actiones sibi præstari, *l.* 68. *& l. seq. eodem.* Non est autem dubitandum, quin judex perinde hic procedat, ac si is, unde petitur adhuc verè possideret, scilicet ut, quæ natura est hujus judicii, primum jubeat rem restitui, & si non restituatur, tum sequatur ea, quam dixi, & eodem judicio condemnatio; postquam placuit, dolum pro possessione esse, & pari in omnibus jure utrumque censeri, eum, qui quid habet vel possidet, & cujus dolo factum sit, quominus possideat, *l.* 131. *l. parem.* 150. *l. ad ea.* 157. §. 1. *de reg. jur. facit. l.* 20. §. *ultim. de hæred. pet.* Proinde tantum non nugas agunt, qui nova hic instantia & judicio opus esse contendunt hoc solo argumento, quod adversus eum, qui dolo possidere desiit, non directa, sed utilis actio detur, *l.* 3. §. *ult. de alien. jud. mut. caus.* Equidem fateor, id ita esse cùm ante litem contestatam dolo possessio amissa est: ubi verò semel judicio inclusa est actio, uti cœpta est, ita eam peragi oportet, nec petitori nocere debet dolosi factum possessoris. Porro cum superiores regulæ & si quæ sunt generis ejusdem, simpliciter & indistinctè definiant, dolum pro possessione esse, eumque qui dolo possidere desiit, condemnandum perinde quasi adhuc possideret; ex eo rectè colligitur, non tantùm eum, qui post litem contestatam dolo possidere desiit, pro possessore haberi, sed eum etiam, qui ante litem contestatam similiter per fraudem possessionem transtulit: ac proinde hunc quoque judicio in rem conveniri posse: quæ collectio firmatur ex *l. in rem.* 23. §. *pen. de rei vind. l.* 1. §. *ult. de tign. junct. l.* 9. *pr. ad exhib.* item ex eo quod Cajus in *l. qui prætorio* 36. *d. tit. de rei vind.* scribit, eum, qui in rem acturus est, dispicere debere, an is, cum quo experiri vult, possideat vel dolo possidere desierit. Atque ut nullus dubitationi locus relinquatur, textus in hanc rem expressus est in *l.* 27. §. 3. *ff. de rei vind.* Quia verò revera is, cum quo hic actio instituitur, non possidet, sed juris tantùm interpretatione pro possessore habetur, hac consideratione utilis hæc actio dicitur, *l.* 3. §. *ult. de alien. jud. mut. caus.* Unicum est, quod hìc objici possit, & quo moti Jason & Zasius in contrarium abierunt, nimirum si cum eo, qui ante litem contestatam dolo desiit possidere, actio in rem institui posset, frustra videri introductam à prætore actionem in factum edicto *de alien. jud. mut. caus. fact.* Verùm hæc objectio levior est, quàm ut tantos viros turbare debuerit. Nam edictum illud non tantùm pertinet ad translationem possessionis eludendæ actionis in rem causa factam, sed generaliter ad omnem alienationem, quæ data opera fit in fraudem nostram, ut elusoria efficiatur actio; qualiscumque ea sit qua metus erat nos experturos esse, *l.* 4. §. 2. *l.* 8. 9. *&* 10. *de alien. jud. mut. caus.* Nihil verò absurdi est, si dicamus, utile judicium rei vindicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris sit, utra actione experiri velit. Quinimo hoc disertè satis traditum est in *l.* 3. §. *ult. d. tit.* Tantùm JC. electionem actoris ita moderatur, ut si is, cum quo ex edicto agi potest, paratus sit utile judicium pati, deneganda sit in eum actio ex edicto, scilic. quia ea obligatione fiat, ut actoris nihil intersit. Ex contrario verò concedendum non est, ut utile judicium in rem defugere possit, qui paratus sit suscipere actionem ex edicto.

Pos-

8 *Possessor autem dominus ejus se esse dicat*) Priscis temporibus ita moris fuit; ut cùm actor vindicasset, rem suam esse, tunc possessor contra vindicaret, ut constat ex antiquis formulis: qualis est illa, quam profert Cic. *pro Muræna, cap. 12. Fundus Sabinus meus est. Immo meus*: cui similis illa apud Plaut. *in Rudent. Hunc meum esse dico. Et ego item ajo esse meum.* Vid. Boet. in *Top. Cicer.* Gell. 20. *Noct. Att.* 10. Brisson. *lib. 5. de form.* Sive autem contraria illa possessoris vindicatio olim necessaria fuerit, sive ἐπὶ τὸ πλεῖστον, honestatis forte causa usurpata, certum est, posterioribus temporibus ad defensionem rei nihil desideratum fuisse præter simplicem negationem & contradictionem qualemcumque. Ita enim jure, quo nunc utimur cautum est, ut actore non probante intentionem suam, reus, quamvis nihil ipse præstiterit, absolvetur, inque suo loco possessio maneat, *l. 4. C. de edend. l. ult. C. de rei vind. §. 4. inf. de interd.* ac ne ad hoc quidem possessor compelli possit, ut vel titulum possessionis suæ edat, *l. 11. C. de pet. hær.* cùm tamen, qui titulum possessionis suæ dicit, non continuo dominium sibi asserat: constatque, judicium rei vindicationis etiam consistere & peragi, cùm in confesso est, reum non possidere affectione domini, sed alieno nomine in possessione esse, *l. 9. ff. de rei vind.* Absurdum autem est, exigere à reo, ut quid dicat, quod aut apertè falsum sit, aut probare non cogatur, & quo non probato: nihilominus obtineat, si suam intentionem actor non impleverit. Denique nihil interest actoris, reum contra vindicare. Minime igitur ex eo, quod Imp. exemplum hoc loco forte profert mutuæ vindicationis, inferenda est juris aliqua necessitas, quasi ad defensionem possessoris omnino necesse sit, ut is contra vindicet, & se dominum rei ejus, quæ petitur, esse contendat: & vulgatum est, verba narrativè posita non censeri dispositiva, quando in is principaliter se legislator non fundat, ut notatum supr. §. 4. *de milit. test.* quod hic non fit. Hæc vera est hujus loci & genuina interpretatio, non spuria depravatio, ut eam appellat Anton. Contius 1. *dist.* 12. stolidi alicujus ostentatoris. Deridet Contius ut ineptū atque ab ignaro artis dialecticæ profectum hoc enthymema: Si actore non probante reus absolvitur, non cogitur reus contra vindicare; ipse verò sic ex contrario ratiocinatur: Si actore probante reus condemnatur, debet reus contra vindicare. Atqui hoc enthymemate non tollitur necessitas consequentiæ, quæ est in superiore. Illud enim nihilominus manet, actore non probante nihil nocere reo, quod contra non vindicaverit: nec aliter falsitatis convinci connexio partium in præcedente illo axiomate potest, quàm si ostendatur, reum, qui contraria vindicatione usus non est, protinus condemnandum esse, licet de intentione sua nihil probaverit petitor. At hoc nec Contius dicere ausus sit: quin ipse tacitè contrarium fatetur, dum ideo reo necessitatem contra vindicandi imponit, quia fieri possit, ut actor probet: ex quo quidem efficitur prodesse reo quod initio litis contra vindicet, minimè veró ad instituendam & fundandam actionem sufficere simplicem rei inficiationem & contradictionem. Et tamen etiam hoc ipsum, quod contendit Contius, falsum esse non dubito, & possessorem, qui simpliciter negavit actorem dominum esse, non minus audiendum, si impleta intentione petitoris, se dominum esse probare velit, quàm si initio contra vindicasset, *arg. l. 9. C. de except.* Utique nihil hìc fit contra regulas, quæ sunt de exceptionibus in principio litis contestandis. Nam si possessor licet simplici inficiatione usus admittatur ad confutandas petitoris probationes, atque ut contra se dominum esse ostendat, non admittitur ad allegandum aut improbandum aliud, quàm quod in ingressu litis dixerat, actorem dominum non esse, cùm ejusdem rei duo in solidum domini esse non possint, *l. 5. §. ult. comm. div.* Cùm autem actoris probationibus per contrarias res elisis perinde habeatur, ac si nihil probatum esset, hoc unum relinquitur, ut reus absolvatur. Planè si possessor non tantùm absolvi se, sed dominum etiam declarari velit, rectè faciet & mori judiciorum antiquo convenienter, si initio in lite contestanda dominum se esse dicat, & contra vindicet, *arg. l. 18. comm. div.*

19 Quæ sit petitio hujus actionis propria, ex his, quæ dicta sunt, sponte intelligitur: cùm enim hæc actio, sit per quam rem nostram petimus, *l. 25. de obl. & act.* prius est, ut actor intendat rem suam esse, quæ ab alio possidetur; sic deinde eam petat, id est, restitui sibi à possessore postulet: ac utrumque officio judicis probato dominio convenienter intentioni & petitioni suæ consequitur: nam & dominum eum esse judex pronuntiat, remque ei restitui jubet cum fructibus, & omni causa, *l. 20. l. 35. §. 1. ff. de rei vind.* Quod si possessor restituere jussus non pareat, sequitur illa sententia, qua condemnatur, quanti ea res est jurejurando actoris æstimata, quandoque etiam manu militari possessio ab eo transferatur, *l. 46. l. 68. d. tit.*

TEX-

TEXTUS.

De actione confessoria, & negatoria.

2. *Æquè si agat quis, jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi, fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum; veluti, si quis agat, jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque prodita sunt actiones: ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi; item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive, istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu, qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.*

NOTÆ.

2. *Altius ædes suas tollendi*) Altius ædificatur jure servitutis à vicino imposito & ædificanti quæsitæ, ubi lege civitatis intra certum modum cohibita est ædificanti licentia, & vicinus ædificanti concessit formam præscriptam excedere: atque hoc casu actio est confessoria. Cæterum jure libertatis & negatoria agitur, *l. 8. C. de servit.*

Sed negativæ) Passim negatoriæ. Actio negatoria proposita est neganti se servitutem debere; confessoria servitutem sibi asserenti, *tit. si ususf. pet. & tit. si serv. vind.* quod magis ex re petita, quàm ex figura orationis æstimandum.

Proditum non est) Quoniam in controversiis rerum corporalium qui negativè agit, de alieno jure non de suo agit; qui negat rem possidentis esse, non continuo evincit suam esse, *l. 15. de except. rei jud.*

Ei qui possidet, non est actio prodita, &c.) De re corporali numquam in rem actio ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *l. 1. §. 6. uti poss.* Secus est in servitutibus, quarum usus in alieno est.

Sanè uno casu) Ita quoque Theoph. alias, *non uno casu.* Goveanus, *Sanè hoc uno casu*, id est, in controversiis servitutum: quomodo & in duobus codicibus Theoph. ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Rerum incorporalium nomine duplicem actionem comparatam esse, confessoriam, & negatoriam, utramque in rem.*
2 *An hæ actiones etiam pro alio jure dentur, quàm pro servitutibus.*
3 *Actiones hasce non ex figura verborum, sed ex sententia & re petita æstimandas.*
4 *Quæ pro Triboniano & contra afferantur, ut ostendatur, bene vel male eum inter formulas confessorias hanc ponere, Ajo mihi jus esse ædes meas altius tollendi: & contrariam inter negatorias.*
5 *Accurata demonstratio, dari aliquod jus altius tollendi: quod ei, qui altius tollit, jure servitutis constitutæ competat.*
6 *Actionem negatoriam de rebus corporalibus proditam non esse, & quare?*
7 *Cur eadem prodita in rebus incorporalibus?*
8 *Cur in rebus corporalibus actio ultro possessori non detur? Hotomanni correctio & disputatio confutantur.*
9 *Frustra esse omnes, qui unicum illum casum, de quo in hujus §. calce, quærunt.*

Æ*Què si agat quis*) Respicit ad id, quod dixit §. præcedenti, *veluti si rem corporalem possideat quis, &c.* quasi dicat, etsi modo de actione in rem verba faciens rei corporalis mentionem habuit, sciendum tamen est, etiam rerum incorporalium nomine, quæ nostræ sunt, actionem in rem comparatam esse, nempe de usufructu & cæteris servitutibus. Et observandum est, quod in hoc genere rerum non una tantùm actio prodita sit, ut in controversiis rerum corporalium, sed duæ diversæ, una servitutem sibi competere asserenti, altera neganti servitutem ad alium pertinere: qua servitus asseritur, confessoria; qua ad alium pertinere negatur, passim negatoria à prudentibus vocatur, *l. 2. ff. si serv. vind.* interdum negativa, *l. 5. si ususf. pet.* & à Justiniano hoc textu. 1 Ambæ in rem, utpote quibus rem nostram petimus, aut servitutem vindicando, aut rei nostræ persequendo libertatem. Hinc & duplex horum tit. *si ususfr. pet. vel ad alium pert. neg. si servitus vind. vel al. pert. neg.* inscriptio, & concepta iis verbis, quibus actio in rem significatur, scilicet petitionis & vindicationis, *l. 25. & l. 28. de obl. & act.* Servitutum quædam sunt personarum, ut usus & ususfructus, quædam rerum sive prædiorum, *l. 1. ff. de serv.* & quæ prædiorum sunt, earum quædam prædiorum urbanorum, quædam prædiorum rusticorum. Sed de servitutibus ipsis tracta-

ctare, aut de earum constitutione, non est hujus loci, pertinet ea tractatio ad secundum juris objectum, actumque de iis *sup. lib. 2. tit. 3. & 2. seqq.* Quod verò exempla singulorum generum hic proferuntur; ideo tantùm fit; ut intelligamus, de omnibus actiones in rem quas diximus competere: nec est de eo ulla con-2 troversia. Verùm illud quæritur, an non præter servitutes, quæ solæ hic commemorantur, sint alia quædam jura, quorum tuendorum causa similiter ut pro servitutibus actio confessoria aut negatoria jure nostro comparata sit; veluti ut quis jurisdictionem sibi afferat, aut ad alium pertinere neget. Et benè Vaud. 1. *var. quæst.* 17. probat, non esse. Nam si plura sunt harum actionum habilia objecta; cur solæ nominantur servitutes? aut cur confessoria & negatoria, ut ususfructus & servitutum actiones propriæ, à Jurisconsultis proponuntur? *l. 1. l. 4. fere per tot. si serv. vind. l. 5. si ususfr. pet.* quibus in locis observare licet, hæc, ut ἰσοδυναμοῦντα, sæpe inter se permutari, actio confessoria aut negatoria, & actio de servitutibus. Infamiam suam produnt in rebus ad formam ac constitutionem reip. Romanæ pertinentibus, qui putant, potuisse etiam magistratus populi Romani hujusmodi actione aliqua, saltem utili, suam sibi defendere, & vindicare jurisdictionem, nam ut actio nobis competat, necesse est, rem quam petimus in bonis nostris esse, *argum. l. rem 52. de acq. rerum dom.* id est, vel nostram esse, vel nobis debitam, *l. bonorum. 49. de verb. signif.* quod & ostendit actionis definitio, ut ea à nobis explicata est. Jurisdictio autem non erat res magistratuum propria, aut pars eorum patrimonii; sed ex concessione tantùm principis aut populi, magistratus omnes nec ultra annum eam exercebant, ut ridiculum sit existimare; pro ea sibi tuenda actionibus experiri potuisse. Planè hodie, postquam jurisdictio facta est patrimonialis, possunt actiones de servitutibus ad eam quoque vindicandam accommodari per extensionem, ut principes, comites, sive alii, qui cum territorio jurisdictionem perpetuam habent, pro ea sibi asserenda utili confessoria experiantur contra eos, qui exercitionem ejus impediunt; quæ & communis est Interpp. sententia, teste Suarez *recept. sent. num. 25.* add. Gail. 2. *obs.* 66.

3 Schneid. *hic num.* 11. Illud monendi sumus, nomina harum actionum non tam ex conceptione verborum intentionis, quàm ex re petita & eo quod effectu intenditur, nata esse. Nam, ut ex definitione utriusque actionis constat, tradita in *l. 2. §. 1. si serv. vind.* & exemplo proposito in *l. 4. §. competit. 7. eod. tit.* quisquis intendit servitutem sibi competere, confessoria utitur, & affirmativa ejus intentio habetur, etsi oratio verbis negativa est: & qui vi ipsa negat, rem suam servire, agit negatoria, etiamsi verbis affirmantibus intentio concepta sit. Intendit ergo aliquis habere se jus altius tollendi invito vicino, negatoria utitur, etsi oratio affirmativa est, quia re ipsa negat, servitutem se vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi, quo minus ædes altius tollat, quo modo si concipiatur formula, etiam verbis negativa erit. Ex contrario, agit aliquis, jus vicino non esse ædes suas altius tollere, hic agit confessoria, ut maximè utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ne vicinus altius ædificet, quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est, *d. l. 4. §. 7.* Atque hoc quidem est in dictis formulis perpetuum, ubi nulla lege civitatis libertas ædificandi circumscripta est; quod si certa altitudo publicè constituta sit, supra quam ædificare invito vicino non liceat, eveniet nonnunquam, ut & prior formula, uti verbis affirmativa est, ita & re ipsa sit, & vindicandæ servituti per confessoriam accommodata: & contra posterior ut verbis negat, ita & sententia verborum negatoriam contineat, qua servitus negetur, asseratur libertas, ut mox clarius apparebit.

4 *Jus sibi esse altius ædes suas tollendi*) Si verum est quod modo diximus, utrum actio pro confessoria aut negatoria habenda sit, magis ex sententia verborum & re petita æstimandum esse, quàm ex orationis figura, videri potest Tribonianus deceptus formularum conceptione hic aliquid turbasse, ac per incuriam formulam hanc, *Ajo mihi jus esse altius ædes meas tollendi*, cum aliis formulis confessoriarum conjunxisse, quibuscum nihil commune habet præter externam verborum formam. Et contra paulo post actionem, per quam intendo, jus non esse vicino altius tollendi, eodem errore, quia verbis negativa est, conjunxisse cum negatoriis. Nam secundum ea quæ diximus, ut prior illa vi ipsa negatoria est, quia qui ea utitur, nullam servitutem sibi vindicat, sed effectu negat, se alteri servitutem altius non tollendi debere: ita contraria, qua agens negat, vicinum jus habere altius tollendi, effectu est confessoria, quia servitutem istam suis ædibus à vicinis deberi contendit. Et quidem video, Tribonianum hoc nomine à Glosa & Hotomanno reprehendi, nec non novissimè à Bachovio, qui eo amplius ἁμάρτημα istud

istud Triboniano potius condonandum contendit, quàm admittendas esse inanes quasdam conjecturas, quæ pro defensione Triboniani afferuntur, excogitanturque ad formandum jus aliquod altius tollendi, quod quis vi servitutis sibi constitutæ confessoria vindicare possit: aut contra quo quis jure libertatis ædium suarum negatoria agat, jus non esse vicino tollere ædificium suum. Et sanè species, quæ à Glossa proponitur, exemplum manifestum est negatoriæ, nempe si cum vicino, cùm esset in quasi possessione juris, ne ego altius ædificatum habeam, agam, jus mihi esse altius ædificatum habere, quàm palam est, non servitutis, sed libertatis vindicationem esse, *l.* 8. *C. de servit. l.* 9. *ff. de serv. præd. urb. l.* 4. §. *competit.* 7. *si serv. vind.* Fatendum quoque est, non quadrare exemplum, quod profert Dynus, & post eum Jason. *hic num.* 43. Si oneris ferendi causa servitus imposita sit, & vicini ædibus, quæ serviunt, collapsis, alter agat, ut denuo extruantur & in eam altitudinem paries erigatur, ut secundum legem impositæ servitutis recipiendo oneri nostrarum ædium sit idoneus. Hoc enim exemplum est vindicationis diversi generis servitutis, nempe oneris ferendi, quam vindicando simul consequimur, ut vicinus ædes reficere cogatur. Simili quoque in errore versari fatemur eos, qui exemplum confessoriæ de hac servitute peti posse putant ex *l.* 17. §. 2. *de serv. præd. urb.* & nimirum tale. Si cùm mea interesset vicini ædes altius tolli, forte ut per repercussionem lumen in meas ædes depressiores devolveretur, vicinus mihi cesserit servitutem altius tollendi, & postea cum eo experiar, ut altius tollat. Nam & hoc æquè alienum est. Ut enim formulæ confessoriæ, de qua agimus, locus sit, quærenda species servitutis non ab eo debita, de cujus ædium sublatione agitur, & qui ob id ipse cogi potest suas ædes altius tollere ad commodum vicinarum, (quamquam dari talem servitutem posse non existimo, per *l.* 15. §. 1. *de serv.*) sed ei ipsi debita, qua tollit: ac proinde qui ad suum commodum id facere possit invito vicino, eoque non patiente servitutem sibi competentem vindicare hac formula, *Ajo mihi jus esse ædes meas altius tollendi*: aut *licere altius tollere*, *l.* 2. *de serv. præd. rust. l.* 7. §. 1. *comm. præd.* Denique fateor, si pactione aliqua libertatem ædificandi mihi ademero, eaque contrario pacto mihi rursus concessa sit, ne sic quidem jure servitutis mihi posteriori pacto constitutæ intendere, me posse, licere mihi altius ædes meas tollere. Quippe cùm posteriore pacto non nova mihi servitus à vicino constituatur, sed quæ illi à me constituta erat, remittatur, ut jam res mea redeat in libertatem naturalem, de qua si experiar, agam quidem, jus esse mihi altius ædificare, sed jure rei meæ, quæ jam amplius non serviat, ac proinde actione negatoria, *d. l.* 2. §. 1. & *d. l.* 4. §. 7. *si serv. vind.* junct. *l.* 8. *C. de servit.* Idemque dicendum esse, si vicinus, quod juris contra me longa quasi possessione sive præscriptione quæsierat, postea remiserit. Et hactenus quidem nihil rectè pro Triboniano. Sed est aliud, cujus paulo ante mentionem feci, quod ad defensionem ejus adferri potest, non in vana aliqua conjectura positum, sed subnixum manifesta auctoritate conditorum juris, quam frustra conatur eludere Bachovius, ut fusè probavimus in exegesi §. 1. *sup. de servit. præd.* quamobrem hìc erimus breviores. Quicquid ergo dicat Bachovius, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei qui altius tollit, jure servitutis constitutæ competat, patet ex Cajo *l.* 2. *de servit. præd. urb.* qui eo loco disertè dicit, jus altius tollendi esse jus urbani prædii, atque hoc ipsum jus ut servitutem diversi generis segregat à jure non extollendi. Idem facit Paul. *l.* 1. *d. tit.* & *l.* 7. §. 1. *comm. præd.* Item Nerat. *l.* 2. *de serv. præd. rust.* ubi apertissimis verbis rustici prædii servitutem esse pronuntiat, *licere altius tollere & officere prætorio vicini.* Loquitur Jurisconsultus suo arbitratu, ex loco prædium rusticum appellans ædificium, quod ruri est, non considerato juris effectu, cujus alioqui consideratione etiam ædificia, quæ in agris sunt, pro urbanis prædiis haberi solent, *l.* 1. *comm. præd. l. urbana.* 198. *de verb. sign.* quod ad rem præsentem nihil pertinet, & alibi explicatum est. Accedit, quod in *l.* 1. *C. de servit.* rescriptum ab Antonio est, servitutem altius sublatum habendi, sive contra veterem formam ædificiorum ædificandi longa possessione acquiri posse. Quæ constitutio evertit commentum Bachovii negantis jus altius tollendi servitutem dici posse, nisi quatenus relatio sit ad vicinum, qui altero altius ædificante, ipse contra ædificare & luminibus ejus officere jure constituta servitute non potest, ut supradicto loco pluribus ostensum est. Hoc igitur posito, dari hujusmodi aliquam servitutem, restat, ut exempla proferamus. Ea nobis suppeditant *l.* 11. *de serv. præd. urb. l.* 1. *l. pen.* §. 1. *C. de ædif. priv. l.* 1. *C. de servit. l.* 14. *de serv. præd. urb.* Tacit. *lib.* 15. *annal. cap.* 42. Strabo *lib.* 6. *p.* 162. Aurel. Victor. *in epitom.* quibus omnino adde Pet. Fab. *ad. l. domum suam.* 61. *de reg. jur.* Hi loci atque auctores nos

nos docent, ædificiorum altitudinem olim restrictam fuisse ad certum modum, & in plerisque civitatibus, & ipsis etiam urbibus, Roma & Constantinopoli, quem modum excedere ædificando non liceret: deinde etiam non potuisse dominum in area sua ædificare, nisi intermisso legitimo spatio á vicina insula, ut testatur Papin. *d. l.* 14. Utrumque autem in vicinorum gratiam: illud propter discrimen ac periculum ruinæ, quod non minus vicinum, quàm dominum ipsum tangit; hoc ut saltem tantum luminis, quantum distantia illa afferebat, vicini haurire & cœlum videre possent: notum enim est, quo magis distat à vicino paries, eo minus in eo ædificantem luminibus vicini officere: fortassis etiam propter metum incendii, quo in una domo orto contiguæ quoque facile corripiuntur. Cohibita igitur lege civitatis intra certum modum ædificandi licentia, & ea, qua dixi, gratia, jus altius tollendi alias libertatis esse potuit, non raro item contra, impositæque à vicino & alteri quæsitæ servitutis: sicuti & nunc esse potest, sicubi locorum certa ædificiorum forma altitudoque publicè constituta est, supra quam ædes extollere invito vicino non liceat. Nam si forma præscripta non exceditur, hactenus libere & jure rei suæ quisque ædificat, potestque id facere etiam cum incommodo vicini, eoque obnitente: uti jure gentium ædificare quisque potest in infinitum, cùm nulla ædificiorum forma definita est, *l. 9. l. 11. de servit. præd. urb. l. 8. C. de servit.* nimirum in suo facere quisque, quod lubet, potest, dum in alienum nihil immittat, *l. 8. §. 5. si serv. vind.* Proinde si quis hìc, prohibitus à vicino ad modum præfixum ædificare, intendat contra prohibentem, jus sibi esse altius ædificandi, is ædes suas hactenus liberas esse contendit, negans, servitutem se debere, utiturque ex definitione, *l. 2. §. 1. d. tit.* actione negatoria, non confessoria: ut fatendum sit, erravisse Tribonianum, si credidit, pro vindicando jure altius tollendi confessoria agi, si jus illud aut planè liberum sit, aut restrictum quidem ad certum modum, sed intra quem agens consistere volet. Sed ponamus, ædificantem definitam lege municipali formam sive altitudinem non custodire: hìc jam reperiemus exemplum & actionis confessoriæ de servitute altius tollendi, & negatoriæ de servitute contraria non extollendi. Nam si vicinus mihi concesserit jus, invito se supra eam altitudinem ædes meas tollendi & officiendi luminibus suis, hoc jus servitutis erit, qua pati debeat, quod prius pati jure publico non cogebatur, altius me ædificare cum incommodo suo: quod pati utique servitutis est, *l. 15. §. 1. de serv.* & proinde si me impediat, quominus altius ædificem; hic locus erit actioni confessoriæ, qua intendam, jus mihi esse ædes meas altius tollere: quam servitutis vindicationem esse in specie proposita dico, cùm ex jure impositio cum vicino agam, contendamque, eum hanc mihi servitutem debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Ex contrario si vicinus nullum mihi jus cesserit, atque ego nihilominus supra statutum modum ædificare incipiam, hic jam locus erit negatoriæ, qua vicinus intendat, jus mihi non esse invito se ædes meas extollere: quæ libertatis vindicatio, non servitutis est; cùm hac intentione servitus hæc mihi deberi negetur, vicini ædes hactenus liberæ esse dicantur, ut me altius ædificantem non cogatur pati. Simile exemplum fingi potest, si certum aliquod spatium jure publico definitum sit, quod in ædificando intermittatur à vicini insula; *juxta l. 14. de serv. præd. urb.* Atque his casibus etiam servitutis, quam quærimus, locum obtinet longi temporis consuetudo, ut scriptum est in *l. 1. C. de serv.* His autem, quæ diximus, non obstat, quod prius confessi sumus, si libertas adempta sit pactione, puta quia inter me & vicinum convenerat, ut ad certam dumtaxat altitudinem ædificarem, & idem vicinus mihi postea concesserit ædificare altius, non novam hìc mihi servitutem constitui, sed constitutam pacto posteriore remitti, remque meam sic redire in pristinam libertatem. Cùm enim lege potestas naturalis libere ædificandi sublata est, licet unus è vicinis mihi cesserit jus altius ædificandi, quàm invito eo per legem liceat; manet tamen res mea affecta eadem conditione & qualitate respectu cæterorum vicinorum, quorum interest ædes meas altius non tolli: nisi ponamus, omnes simul cessisse, quo casu concedam, liberas eas fieri. Ad hujusmodi igitur statuta, facta in gratia vicinorum, interpositasque contrarias pactiones, aut ad longi temporis in contrarium usum, si Tribonianus respiciens formulam, qua quis intendit, jus sibi esse ædes suas vicino invito altius tollere, confessoriis adscripsit, & contrariam negatoriis, nullus error ei objici potest. Addimus semper *vicinorum gratia.* Nam si quid præcisè constitutum sit non habita ratione vicinorum, sed ornatus tantùm publici causa, locum habet regula, pactis privatorum juri publico derogari non posse, *l. 38. de pact. cum simil.* Vidit hoc primo Joan. Faber; diligentius exposuere Zas.

Bart.

Bart. Don. & novissime Christoph. Riccius in *præmiss. vind. jur. cap.* 14. Si cui tamen adhuc scrupulus hæret, eximent ea, quæ scripsimus supra memorato loco.

6 *Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est*) Actiones in rem de rebus incorporalibus sunt duorum generum, confessoriæ, & negatoriæ: de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessoriæ: quamquam in harum rerum vindicatione verbo *confessoriæ* non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicumque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de suo jure, non de alio agere oporteat, *l.* 5. *si usufruct. pet.* id est, ita agere, ut dicat, aliquid esse suum, non autem simpliciter neget, esse alienum: nec refert, de re corporali agatur an de incorporali servitute, aut rei nostræ libertate. Estque in promptu hujus rei ratio. Nam qui alienum esse negat, nihil hac intentione jus suum promovet: cùm si res adversarii non sit, non continuo sequatur, eam esse agentis, & fieri possit, ut sit neutris. Rerum autem corporalium ea natura est, ut qui rem, quam petit, adversarii esse negat, non ideo affirmet, hic quicquam suum esse, unde est, quod inutilis hic sit agenti negatio, ut agenti non de jure suo, sed alieno dumtaxat. In servitutibus verò contra est: nam qui servitutem se debere negat, hac inficiatione vi ipsa simul aliquid suum esse affirmat: id est, rem suam liberam esse, *l.* 4. §. 7. *si serv. vind.* & proinde de suo jure, non alieno agit, ut est in *d. l.* 5. *si usufr. pet.* quæ res facit, ut negotio in his rebus agenti inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admissa est: non ut negans, sed ut affirmans, & ut confessoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.

7 *Nam in his agit, qui non possidet*) Ratio declarans id, quod proximè dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse: quia scilicet sic comparatum est ut in his solus agere possit is, qui non possidet, cui actionem negatoriam dari natura rerum non patitur. De quo plura paulo post. Indicatur autem hic alia controversiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia: nimirum quod in istis is solus agere possit, qui non possidet; in his is etiam, qui sit in possessione. Videamus quàm rectè. Si rem corporalem possidenti in rem actionem dari volumus, ea aut confessoria erit, aut negatoria. Ut confessoria possessori detur, ne natura quidem hujus actionis admittit: quippe per quam petimus, ut res, quam nostram esse asserimus, nobis restituatur. Hæc verò intentio nullo modo potest convenire possessori. Ridiculum enim est petere, quod habeas, aut quid restitui ab eo, qui non habeat, ac proinde restituere non possit. Contradictionem quoque implicat, si quis intendat, se possessorem esse, & nihilominus rem sibi restitui postulet ab adversario. Quod si contendat, rem non esse penes adversarium, & tamen ab eo sibi velit restitui, cum ipsa rerum pugnat natura, per quam fieri non potest, ut quis restituat, quod non habet. Negatoria quominus possessori detur, natura impedimento non est: nihil enim prohibet, actionem ultro possessori dari adversus turbatorem, eumve, quem sibi possessionis controversiam facturum metuit, ne inquietetur, exemplo negatoriæ de servitutibus, *l.* 5. §. *ult. si usufr. pet.* sed tamen ne hæc quidem possessori rei corporali prodita est, quia visa est non necessaria, & sufficere possessori ad securitatem, quod possideat, *l.* 1. §. 6. *uti possid.* Planè ad evincendum rem suam esse, quod quavis actione in rem agens effectu intendit, tam possidenti rem corporalem, quàm non possidenti, inepta & inutilis est negatoria: quia nemo se dominum esse, aut rem suam esse vincit, propterea quod negat esse adversarii, ut dictum est supra. In rerum incorporalium sive servitutum & libertatis vindicatione omnia contrario modo se habent: nam nec minus is, qui est in possessione servitutis, de servitute confessoria agere potest, quàm is, qui non est in possessione: & contra is non minus, qui est in possessione libertatis, de jure suo experiri negatoria potest, quàm si non sit. Et hoc est, quod Ulpian. scribit, in servitutibus posse eumdem & possessorem juris & petitorem esse, *l.* 6. §. 1. *si serv. vind.* quod & traditur in *l.* 8. §. 3. *d. tit. l.* 5. §. *ult. si usufr. pet.* Nascitur hæc diversitas ex eo, quod rerum corporalium possessio ita comparata sit, ut nemo eam possessori, dum rem suam tenet, nisi per vim, intervertere possit: aut adeo supervacuum sit, actionem ei ultro dari, cum ad securitatem hoc ipsi sufficiat, quod possidet, *d. l.* 6. §. *uti possid.* Rerum verò incorporalium sive servitutum possessio consistit in nudo nostro usu, & alterius patientia: estque is usus non rei nostræ, quam penes nos aut in potestate nostra habemus, sed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile sive scientibus sive ignorantibus nobis hic usus impediri possit. Actus mihi constitutus est in prædio alieno,

no, patiente domino fundi aliquamdiu usus sum servitute, qui usus possessorem me facit, *l. 5. de usufr. l. ult. de serv.* potest tamen dominus fundum suum occludere, cùm videtur, & hunc mihi usum servitutis impedire. Tignum immissum habeo in parietem vicini: ego sum possessor, *l. 8. §. 3. si serv. vind.* totum tamen hoc in potestate vicini est, qui quoties vult, efficere potest, ne tignum immissum habeam, vel sciente vel ignorante me, tignum præcidendo, vel diruendo parietem. Hæc autem res cùm faciat, ut effectu nec servitutem possidere videar, certè non ita possidere, ut mihi sufficiat, quòd possideam, qui non eo magis sum securus, ideo merito hæc actio necessaria visa est, qua consequar servitute utendi securitatem, *l. 5. §. ult. si ususfr. pet.* Eadem libertatis cujus nomine negatoria agitur, ratio est: nam & libertatis rei nostræ possessio nudi usus est, & in patientia alterius sive vicini, qui ea nos uti libere patitur: quam patientiam etsi aliquando præstitit, potest tamen, cùm vult, non præstare, & nos vel ignorantes in hac possessione turbare usurpando servitutem. Quia igitur nec hic possidenti ad securitatem sufficit, quod possideat, prodita est ei actio negatoria qua ultro judicio experiatur, libertatem rei suæ asserat, hoc offectu, ne in posterum inquietetur, ut loquitur Ulp. *in d. l. 5. §. ult. si ususfr. pet.* Notandum autem, etsi possessor juris ultro actionem moveat, lite tamen instituta, eum, qui non possidet, petitoris partes & onera sustinere, commodo autem possessoris frui, qui est in possessione, ut maximè actionem ipse instituerit, *l. 8. §. 3. si serv. vind.* & ideo frustra hìc nobis objici, quod à veteribus constanter traditum est, non posse inter litigatores aliter litem expediri, quàm si alter petitor, alter possessor sit, *l. inter. 62. de jud. l. 1. §. 3. uti possid. §. 4. inf. de interd.* Ut redeam ad proposita verba textus, ait Justinianus, in rebus corporalibus eum agere, qui non possidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod prius dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse? Hoc nimirum, ut si aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari possit, non possit tamen non possidenti. Jam verò in istis rebus si quis agat, eum solum jure agere, qui non possidet. Ex quo sponte vult intelligi, actionem negatoriam in rei corporalis vindicatione locum non habere, sed confessoriam dumtaxat. Et potest etiam revera quisque hoc per se intelligere, posito eo, quod in rebus corporalibus is solùm rectè agat, qui non possidet. Etenim si dari aliquam in proposito actionem non possidenti volumus, ea non alia esse potest, quàm per quam rem suam petat, ac proinde quam & suam esse intendat: nam si neget suam esse, in se telum torquet: si neget esse adversarii, nihil hoc ad probationem ejus, quo intendit, rem scilicet suam esse. Relinquitur ergo, ut non possidenti non alia actio in lite de corporali accommodari natura possit, quàm confessoria.

Ei verò, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse) Hæc pars apertè per adversativam à præcedenti distinguitur, tamquam diversum continens. Quid ergo illud est? Nempe hoc. In priori parte enuntiati dixit, in controversiis rerum corporalium eum agere, qui non possidet: ex quo solo intelligi voluit, actionem negatoriam huic accommodari non posse: ideò verò non posse, quia natura rerum non patitur, talem actionem ad rem suam petendam non possidenti dari. Nunc ei item qui possidet, eadem actionem detrahi, sed ita loquitur, ut non obscurè indicet, esse id ex alia causa, quàm ea, ob quam qui non possidet, hac actione agere nequit, non enim naturam obstare, quominus possidenti detur actio adversus turbatorem, qua neget rem ejus esse, & sic quiescere eum per judicem jubeat, quomodo agitur interdicto, *l. 1. §. 4. & 6. uti possid.* sed tamen possessorem rei non ita agere, quia talis actio jure ei non sit prodita. Cur autem prodita non sit, jam ante explicatum est. An ergo dabitur confessoria? minimè. Neque hoc ex eo, quod possidenti tantùm detrahit negatoriam, contra mentem Justiniani colligendum est, cui solùm propositum, probare, negatoriæ actionis in controversiis de re corporali nullum esse usum. Ex his jam satis patere arbitror, causam nullam esse, cur quæ certo hic scripta sunt, mutemus, aut vel latum unguem recedamus à constanti librorum omnium lectione. Theoph. in *paraphrasi* sic locum Græcè reddidit, *τῷ γὰρ νεμομένῳ οὐ δίδοται in rem.* An ideo, quia paraphrastes verba illa, *per quam neget rem actoris esse*, non expressit, sed simpliciter & generaliter scripsit, actionem in rem rei, qui possidet, proditam non esse, prorsus locus hic mutilandus, & verba ista detrahenda sunt? Nam etsi non detrahas, recta tamen & vera loci sententia, licet, si demas, apertior D. Hotomannus, cui tota periodus suspecta est, locum censet restituendum hoc modo: *Ei verò, qui non possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse*, aut forte *actoris.* Sed nulla, ut ego quidem existi-

ſtimo, neceſsitate: nam & particulæ adverſativæ *verò* ſua vis conſtat retenta lectione communi, ut paulo ante demonſtravimus, & verum eſt, actionem negativam poſsidenti non eſſe proditam, cùm ſit nulla, teſte Ulp. *l.* 1. §. 6. *uti poſſ.* Ipſe Hotomannus dum colorem inferendæ negationi quærit, imprudens quod dictum in Juſtiniano culpaverat, mox laudat, ut præclarè dictum ab Ulpiano. Fruſtra autem pro voce *actoris* ſubſtituas *alterius* vel *auctoris*: cùm ex verbis Juſtiniani præcedentibus & antitheſi, qua actorem opponit ei, qui poſsidet, perſpicuum ſit, actoris verbo hic intelligi eum, qui non poſsidet; non qui nunc actor ſit, ſed qui, ſi hoc caſu ageretur, actor eſſe deberet. Sic ergo adſtructa hujus loci lectione & ſententia, videamus, an rectè & legibus argumentandi convenienter hic diſputet Juſtinianus: nam hoc quoque ab Hotomanno negari video. Sic concludit: *Controverſia omnis, quæ de rebus corporalibus actione in rem movetur, aut movetur ab eo, qui rem non poſsidet, aut ab eo qui poſsidet: Neutro autem in genere locum habet negatoria actio: ergo in totum in his controverſiis locum non habet.* Bene, ſi quid umquam. Probatio enim eſt ab enumeratione partium, quarum à ſingulis in aſſumptione removetur actio negatoria. Quod ad efficiendum id, quod propoſuerat, firmum & ſatis eſt. Quamobrem mirari ſatis non poſſum, D. Hotomannum, qui ſcribit, ſæpe ſe tentaſſe, alioſque etiam artifices ſe peritiores adhibuiſſe, quo hanc Juſtiniani ratiocinationem revocaret ad aliquam argumentationis formam, ex qua vera ſententia eliceretur; ſed non profeciſſe hilum. Sic enim ille omnino exiſtimat, in priore parte aſſumptionis Juſtinianæ, quæ hæc eſt, *nam in his agit, qui non poſsidet*, ſubaudiendum, *negatoria verò ſemper poſſeſſori datur.* Ut ſit hæc collectio: *Negatoria ſemper datur poſſeſſori: In controverſiis rerum corporalium ſemper agit is, qui non poſsidet. Quare in iſtis controverſiis non eſt prodita actio negatoria.* Fatemur hujus ſyllogiſmi propoſitionem falſam eſſe, ſed negamus, Juſtinianum ſic argumentari, aut in argumentatione ejus ſubaudiendum, quod Hotomannus exiſtimat: rectam enim eſſe ſine illo, abunde probavimus.

9 *Sanè uno caſu*) Fruſtra ſunt omnes, qui unum hunc caſum aut adhuc quærunt, aut ſe inveniſſe putant: neque exiſtimo, Juſtinianum ad quærendum unum caſum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluiſſe ad latiſsima volumina Pandectarum. Quare cum Donell. & Weſemb. legendum hoc loco arbitrarer, *Sane non uno caſu*, &c. veluti in probandis exceptionibus, aut ſi poſſeſſor fiducia cauſæ ſuæ ultro onus probandi in ſe ſuſceperit, *l. circa eum* 14. *l. in exceptionibus* 19. *de probat.* & ſi qui ſunt ſimiles. Quod etiam verbis Juſtiniani convenientius eſt: quippe qui non ait, poſſeſſorem rei corporalis aliquo caſu agere aut actorem eſſe, ſed partes actoris, id eſt, onus probandi ſuſtinere. Id verò non uno caſu, ſed pluribus accidit. Denique hoc eodem modo locum hunc in quibuſdam exemplaribus legi, teſtis eſt Æmilius Ferretus. Alii *Sanè hoc uno caſu, ἐν οὐ δὲ μόνῳ θέματι.* Theoph. Vinn. Et hæc poſtrema lectio, ſi qua ulla, vera mihi videtur. Quis enim crediderit, Tribonianum tam ineptè adfectare voluiſſe brevitatem, ut multis verbis lectorem ad latiora digeſtorum volumina remittere, quam caſum illum uno verbo indicare maluerit? Scripſit itaque proculdubio, unum eſſe hunc caſum, quo is agat, qui poſsidet: quum alioquin ordinariè in judiciis petitoriis, poſſeſſor rei vices ſuſtineat. Hein.

Textus.

De actionibus Prætoriis realibus.

3. *Sed iſta quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & ſi quæ ſunt ſimiles, ex legitimis & civilibus cauſis deſcendunt. Alia autem ſunt, quas prætor ex ſua juriſdictione comparatas habet tam in rem, quam in perſonam, quas & ipſas neceſſarium eſt exemplis oſtendere. Ut ecce, plerumque ita permittit prætor in rem agere, ut vel actor dicat, ſe quaſi uſucepiſſe, quod non uſuceperit: vel ex diverſo poſſeſſor dicat, adverſarium ſuum non uſucepiſſe, quod uſuceperit.*

Commentarius.

1 *Diviſionem hic propoſitam æquè principalem eſſe ac ſuperiorem; & unde ſumpta?*
2 *Legitimum quid propriè, & quid latius in uſu juris?*
3 *Prudentum non fuiſſe, actiones dare.*
4 *Nec omnes actiones, quæ edicto prætoris proponuntur, eſſe prætorias.*

Inſinuatur hic alia actionum diviſio ſumpta à cauſis efficientibus remotis, jure civili ſcilicet, & jure prætorio: quæ æquè principalis eſt, atque ſuperior illa à cauſis proximis: nam omnes omnino actiones, ſive in rem ſint, ſive in perſonam, aut civiles ſunt, aut prætoriæ, quæ paſsim etiam honorariæ appellantur, *l. actionum* 25. §. *ult. de obl. & act.* Ad eundem modum atque ex iiſdem cauſis dividun-

duntur obligationes *sup. tit. de obl.* §. 1. quæ divisio in illo tractatu, non ut hic, secundo, sed primo loco proponitur, & demum post eam altera à causis efficientibus proximis. Quippe in hujusmodi partitionibus parum refert, unde incipiatur.

Istæ actiones, quarum mentionem habuimus) Palam est, Justinianum his verbis non intelligere genera ipsa actionum, quæ ante nominavit, sed certas species horum generum antea expressas, videl. vindicationem rei corporalis, & de servitutibus confessoriam & negatoriam. Actionum in personam speciem nullam expressit: itaque nec hic verbis illarum aliqua significatur, sed contineri possunt iis, quæ proximè sequuntur.

Et si quæ sunt similes) Similes sunt ex actionibus in rem, petitio hæreditatis, *l.* 1. 2. 3. *de hær. pet.* confessoria & negatoria de servitutibus aliis, quàm quas supra commemoravit: ex actionibus in personam illæ, quæ eamdem originem & causam remotam habent; nimirum quæ competunt ex obligationibus jure constitutis aut approbatis; quæ cùm innumeræ sint, supervacuum putavit, aliquas exempli causa proponere.

2 *Ex legitimis & civilibus causis*) Legitimum propriè dicitur, quod est ex lege, id est, ea parte juris, quæ propriè lex appellatur in divisione juris civilis, §. *lex est* 4. *sup. de jur. nat. gent.* Sed in usu juris latius accipi solet, ut eo nomine etiam id significetur, quod est ex aliqua parte juris civilis, quæ legis vim habet, puta plebiscitis, Senatusconsultis, constitutionibus Principum, *l.* 6. *de pact. l.* 7. *de cap. min. l.* 3. §. *pen. pro soc. l.* 14. §. *ult. de præscr. verb. l.* 25. §. *ult. l.* 3. *unde legat.* Itaque actiones, quæ ex istis causis descendunt, omnes sunt civiles & legitimæ. Quod addit *& civilibus*, eo comprehendere voluisse videtur etiam actiones, quæ competunt ex obligationibus, quæ à jure civili præter confirmationem nihil habent, & nimirum quarum causæ eædem, quæ & obligationum contractus scilicet juris gentium omnes, & quasi contractus, de quibus egit supra in argumento obligationum, *arg.* §. 1. *de obl.* Consulto inter causas actionum civiles non numeravi interpretationem prudentum: quippe ex qua parte juris nullæ unquam actiones datæ sunt, aut dari potue-

3 runt. Neque enim prudentum fuit actionem constituere, sed an data esset lege, interpretari, & eam, quæ data erat, ostendere, *l.* 2. §. *deinde* 6. & §. *ita civitate* 12. *de orig. jur.* A prudentibus quidem & tota ea pars juris civilis profecta est, quæ dicebatur legis actiones: cæterum ea non actionum constitutionem, sed ex actionibus constitutis agendi formulam continebat, ut apertè declarat Pompon. *d. loc.* Hoc obiter monere volui propter eorum errorem, qui putant, eam fuisse auctoritatem prudentum, ut ipsi etiam ex causa aliqua actionem dare & constituere potuerint.

Ex sua jurisdictione) Id est, ex suo edicto, ut passim alibi jurisdictio pro edicto, *l.* 1. §. *pen. de postul. l.* 7. *de jurisd. & simil.* Nam edictum pars erat jurisdictionis prætoriæ, *l.* 2. §. *eod.* 10. *de orig. jur.* Enimverò non est argumentum 4 actionis prætoriæ, quod prætor dicat edicto suo, *actionem dabo.* Solebant enim prætores etiam actiones civiles edictis monitoris proponere. Exemplo sit actio commodati, *l.* 1. *commod.* sed eæ dumtaxat prætoriæ sunt, quas ipsi prætores ex jurisdictione sua introduxerunt: quod ab iis æquitate postulante ut plurimum factum est, cùm actiones civiles deficerent.

Necessarium est exemplis ostendere) Necessarium non absolutè, sed cum adjuncto, si velimus id, quod dictum est, rectè intelligere. Quamquam autem longè plures sunt actionum prætoriarum species, quàm quæ à Justiniano postea proferuntur: tamen ad rem, quam proposuit, declarandam, omnes recensere non existimavit necessarium.

Ut ecce) Indicantur hic prætoriarum in rem actionum species duæ, *Publiciana*, & *rescissoria*, quæ postea latius & separatim suis singulæ paragraphis explicantur, §. 4. & 5.

Actor dicat, se quasi usucepisse) Hæc intentio est Publicianæ: illud, quod sequitur, *vel dicat, adversarium suum non usucepisse*, pertinet ad rescissoriam. Illic fingitur dominium quæsitum, quod revera quæsitum non est: hic contra fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis est amissum.

Ex diverso possessor dicat) Verbum *possessor* expungendum videtur: nam possessori numquam ultro actio datur: & constat, de actore in utroque exemplo hic agi: nisi possessorem interpretemur, non qui nunc possidet, sed qui olim possessor fuerit. Utique id malim, quàm cum Ruffard. Cujac. Hotom. pro *possessor, dicat adversarium suum*, &c. legere *possessorem dicat adversarium suum non usucepisse*, id est, dicat possessorem eumdemque adversarium suum non usucepisse. Quis enim ferre posset in oratione prosa tam ineptè affectam trajectionem verborum tamque duram & inconcinnam constructionem? VINN. Vocabulum *possessor* non planè expunxerim; quia id & Theophilus habet, sed eo sensu: *vel è diverso*

verso cum aliquo, qui rem meam usucepit ac possidet, agere possum, ac docere. Patet itaque eum non legisse *possessor*, sed fortasis hoc modo: *Vel ex diverso dicat, possessorem, adversarium suum, non usucepisse, &c.* HEIN.

TEXTUS.

De Publiciana.

4. *Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei dominus effectus est; si is ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita prodita sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sanè durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est à Prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primùm à Publicio prætore in edicto proposita est.*

NOTÆ.

4. *Necdum dominus effectus*) Propterea quod rem à non domino acceptam nondum usucepit. Nam si res usucapta sit, actio honoraria ei necessaria non est, cum habeat civilem, *d. l. 1. §. 1.* quamquam si nihilominus honoraria agere sub qualitate bon. fid. possessoris malit, hoc ei permittendum. Mynf. *num. 18.*

Directam actionem) Id est, quæ jure civili prodita sit: nam jure civili in rem actio soli domino competit, *l. 23. de rei vindic.*

Durum erat) Iniquum prætori visum, extraneum quemlibet vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu amisisset. Dixi *extraneum*, quia justi dominii exceptio merito Publicianæ objicitur, *l. pen. & ult. de publ. in rem act.* Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Justa causa quæ hìc accipienda?*
2 *Cur ut Publiciana competat, necesse sit rem traditam esse: & num aliquando ei competat, cui necdum tradita fuit?*
3 *An & de rebus incorporalibus? Ubi & de bona fide, &c.*
4 *An Publiciana etiam vero domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari possit?*
5 *Cur requiratur, ut amissa sit possessio, & amissa casu?*
6 *Causa hujus actionis introducendæ.*
7 *Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio?*
8 *Adversus quem detur? quid ei obstet: tum quis ejus exitus?*

PRoponitur hìc actio in rem Publiciana, sic dicta à Prætore Publicio, qui primus eam introduxit, ut hìc extremo testatur Justinianus. Porro hæc distinctè de hac actione complectitur; qua ex causa cui competat, quo jure introducta; & quæ causa ejus introducendæ; quid in ea actor intendat. Adversus quem competat, quod præcipuè notandum erat, hic prætermissum est: quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

Si res aliqua) Nempe aliena, ut est in edicto, *l. 1. hoc tit. de Publ. in rem act.* Hic autem illud addi necesse non fuit, quia postea satis indicatur illis verbis, *& necdum ejus rei dominus effectus est.* Quod non aliter contingit, quàm si is, qui tradidit, dominus non fuit, alioqui enim traditione statim dominus efficeretur, qui accipit, §. *per traditionem* 40. *sup. de rerum divis.*

1 *Ex justa causa*) Justam causam accipimus eam, ex qua re à vero domino tradita statim dominum in accipientem transiret, *l. 13. eod. in pr.* Quod intellectum ex eo, quod sequitur in edicto, *& nondum usucaptum petet, d.l. 1. eod.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, ut usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit, *sup. de usucap. in pr.* Causæ pluribus indicantur, *d. l. 1. §. ult. & aliquot ll. seqq.* Hic tantùm exempli loco quatuor proferuntur, emptio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla ex his causis præcedente cessabit Publiciana. Sed quid si justo errore facti causa subesse putetur, quæ non sit, veluti si quis emerit à furioso, quem sanæ mentis putabat? Probarem distinctionem Accursii in *l. 7. §. 2. b.t.* ut ex hujusmodi emptione contra furiosum quidem ipsum eundemque venditorem Publiciana non detur, per *l. 2. §. si à furioso 16. pro empt.* detur tamen contra extraneum, *d. l. 7. §. 2.*

2 *Tradita fuerit*) Ut Publiciana competat, exigitur ut res tradita sit, *d. l. 1. d. l. 7. §. pen. & ult. eod.* quod hanc rationem habet; quoniam antequam res tradita est, nemo se dominum factum prætendere potest: cùm non nudis conventionibus, sed traditionibus, dominia rerum transferantur, *l. traditionibus 20. C. de*

de pact. Cæterum hoc ad eas tantùm species pertinet, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut possessionis apprehensione opus est. Nam quibus ex causis dominium adipiscimur, etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea Publiciana experiri licet, ut disertè responsum est de eo, cui ex Trebelliano restituta est hæreditas, *l. 12. §. 1. hoc tit.* item de domino, cujus servus, cum in fuga esset, rem à non domino emit, *l. si servus 15. eod.* quibus casibus cùm usucapio procedere non possit, *l. fine 25. de usucap.* apparet, prætensionem dominii per usucapionem quæsiti non esse hujus actionis requisitum essentiale: ac proinde non esse perpetuum, quod quidem tradunt, Publiciana neminem agere posse, nisi qui sit in conditione usucapiendi, licèt secus existimet D. Bachov. *disp. 3. de act. thes.* 18. Sed & hoc falsum esse existimo, quod umquam petitor hanc actionem instituens expressè intendat aut prætendat se usucepisse. De quo pluscula inferius. Porro & de usufructu & de servitutibus per traditionem constitutis Publiciana datur, *l. 11. §. 1. hoc tit.* In his autem pro traditione est usus ejus rei & servitutem constituendis patientia, *l. ult. de serv.* Planè, si quæ res sit, cujus alienatio aut usucapio jure est prohibita, de ea, nec sic ex justa causa tradita sit, Publiciana competit, *l. 9. §. pen. d. l. 12. §. 4. eod.* Etenim si tantum ideo res usucapi non potest, quia non possidetur adversus dominum, ut accidit in prædiis vectigalibus & superficiariis, potest huic actioni esse locus, *d. l. 12. §. 2. & 3.* Quid enim impedit, quominus possessor rei emphytheuticæ aut superficiei usucapiat adversus eum qui tale jus constitutum habet? Azo *in summ. ad hunc tit. n. 15.* illud etiam, quamquam hic omissum est, exigitur, ut res accepta sit bona fide, id est, ut accipiens putaverit, eum, à quo accepit dominum esse, aut jura transferendi habere, *l. bonæ 109. de verb. signif.* In emptore hoc amplius requiritur, ut & bona fide rem emerit, sicut & in usucapione, *l. 7. §. pen. & ult. hoc tit. l. 2. pro empt.* de quo explicatum *sup. de usuc. in pr.* Mynsing. *hic num. 25.* Schneid. *num. 41.*

4 *Nec dum ejus rei dominus effectus*) Propterea quod rem à non domino acceptam nondum usucepit, *l. 1. §. 1. hoc tit*, ubi Ulpian. ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam. Quid ergo, si domus, cùm difficilis esset, ut fere solet, dominii probatio, hac actione uti mallet, quàm rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique sub qualitate bonæ fidei possessoris, cum Mynf. *n. 28.* Oldendorp. *class. 3. action. 3.* Sed & ex quo usus fori cumulationem actionum admisit, eodem libello Publicianam cum rei vindicatione disjunctim proponi, & rem peti jure dominii vel quasi dominii posse, rectè defenditur; cum hæ actiones affines magis sint aut diversæ, quam contrariæ: nam is, cui Publiciana competit, præsumptivè dominus est, & falsum esse, quod remedia prætoria denegentur iis, quibus jure civili consultum est, ostendunt bonorum possessiones unde liberi, contra & secundum tabulas. Bellè Bachov. *disput. 3. de act. thes.* 17. Gomez. Mynsing. & Schneid. *hic.* Gail. *obs. 62. num. 5.*

5 *Possessionem casu amiserit*) Et amissam possessionem esse oportet, quoniam in rem actio numquam ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *l. 1. §. penult. uti possid.* & amissam casu: nam qui facto & voluntate sua possessionem amisit, puta rem vendendo, permutando, & donando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his, quæ hactenus dicta sunt, intelligi potest, quia ex causa cui Publiciana competat: nimirum competere agenti de re, quam ex justa causa sibi traditam bona fide accepit, & cujus nondum dominus effectus possessionem casu amisit.

Nullam in rem directam) Actionem directam hic vocat, quæ jure civili prodita est, ut apparet ex ratione subjecta, & oppositione Publicianæ, quæ inventa est à prætore. Quod non est novum: nam actiones honorariæ omnes, ad jus civile relatæ, utiles sunt, licet earum inter se oppositarum quædam directæ, quædam utiles dicantur, prout aut verbis edicti propositæ, aut per interpretationem & extensionem edicti introductæ. De quo pluribus disserui sub §. *ult. de leg. Aquil.*

6 *Durum erat eo casu deficere actionem*) Introducendæ hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quippe quod non statim transit in eum, qui rem, licet ex justa causa sibi traditam, accepit, nisi & is, qui tradidit, dominus fuit, quod per quam difficile probatu est: & tamen eo non probato, necesse est petitorem civili in rem actione experientem succumbere. Cum itaque prætori iniquum videretur, quemvis vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu aliquo amisisset, ipse ex humanitate actionem introduxit, quia in hoc casu sua colore quodam dominii vinceret is, cui justa rei possessio semel quæsita esset, quandiu in eo nulli alii fieret injuria. Hinc intelligimus, &

quo

quo jure hæc actio introducta sit, & quæ jus introducendæ fuerit causa.

Eam rem se usucepisse) Hic indicatur, quid petitor hac actione intendat, nimirum se rem, quam petit, usucepisse. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Nimirum non dicet actor expresse, se usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem rectè instituendam pertinet, causam actionis intentione sua complectetur. Dicet, se rem, de qua agitur, bona fide emisse à L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepisse: petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur se usucepisse, quin idem petit, & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si rem usucepisset. In causis, ex quibus, qui possessionem nondum nactus est, Publiciana agere potest, dicit actor, rem sibi à L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex Senatusconsulto obtinet, *l.* 12. §. 1. *l.* 15. *hoc titul.* Quibus casibus cùm Publicianæ locus sit usucapione non inchoata dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi non potest. VINN. Fictio illa est prætoris non actoris. Quia enim prætor directè leges evertere non poterat, leges autem non nisi vero domino vindicationem concedunt: usus est arte sua solemni, & finxit hunc usucepisse, quem non usuceperit. Vid. *Antiq. nostr. Rom. lib.* 1. *tit.* 2. §. 24. *Edit. nov.* Neque iniqua erat hæc fictio, quia non fingebat prætor eum jus dominii veri usucapione exclusisse, sed tantum ratione tertii; nullo, vel infirmiore jure possidentis actorem in ea causa esse, quasi usuceperit, quia si hic possessor obvertisset exceptionem non competentis dominii, ea fuisset exceptio de jure tertii. HEIN. Restat, ut videamus, quod hic omissum est, adversus quem hæc actio detur. Datur Publiciana, ut cæteræ in rem actiones adversus possessorem: sed ita, nisi is possessor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adversus eum, qui possidet justo titulo. In quo tamen hæc distinctio placuit, ut si duo rem emerint, siquidem ab eodem non domino, potior habeatur, cui priori res tradita est; utpote in quem prius traslatum est jus omne, quod in re, qui tradidit, habuit: sin à diversis non dominis, melior sit causa possidentis, & juncta titulo possessio fortior ducenda titulo nudo, *l.* 9. §. *si duobus* 4. *hoc tit.* Quod si neuter possideat, & agatur contra tertium possessorem injustum, tuendus sit is, cui primum res tradita, sive ab eodem non domino emerit, sive ab alio atque alio: quæ species est, quam tractat Neratius *l. si ea.* 31. §. *ultim. de action. empt.* ut rectè censent vulgo DD. Oldend. *d. class.* 3. *action.* 3. Schneid. *ad* §. *præc. num.* 28. *& seq.* latè & subtiliter Bachov. *disput.* 3. *de act. thesib.* 21. *&* 22. De illa quæritur, an Publiciana detur contra eum, qui pro hærede possidet. Decisio quæstionis pendet ex eo, an is, qui pro hærede possidet, usucapere possit, nec ne: qua de re disputavimus sub §. *diutina* 7. *sup. de usuc.* In universum autem justi dominii exceptio merito Publicianæ obstat. Quoniam semper plus juris in re sua habet dominus, quam quilibet quamtumvis justissimus possessor, qui dominus non sit, *l. penult. & ult. hoc tit.* Cæterum quæ vindicanti domino obsunt, quominus possessor ei rem restituere debeat, eadem & possidenti ac Publiciana convento obstabunt, quominus retineat *l. si à Titio.* 72. *de rei vind. l. si quis.* 14. *de exc. rei jud.* add. D. Donell. *hic num.* 15. Exitus hujus actionis idem, idemque in ea officium judicis circa rei & fructuum præstationem, cujusmodi hæc in rei vindicatione civili: de quo scripsimus ad §. 1. *sup.*

TEXTUS.

De rescissoria.

5. *Rursus ex diverso, si quis cum reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset usuceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam rem petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam & aliis simili æquitate motus prætor accommodat sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionem, quæ hic proponitur, & rescissoria in specie dicitur, esse Publicianæ quodammodo contrariam.*

2 *Quibus ex causis hæc actio à prætore detur? ejusque introducendæ causa.*

3 *Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis: ubi & alia.*

4 *Quomodo accipiendum quod dicitur, contra non valentem agere præscripto non currit?*

5 *Commentum esse quod de duplici judicio rescindente & rescissorio interpp. tradunt: ut & illud quod de duplici tempore.*

6 *Actoris in actione rescissoria intentio.*
7 *Restitutio adversus eum, qui præsens rem absentis usucepit.*
8 *An ex sola causa ignorantiæ restitutio danda adversus usucapionem.*

1 HOc loco proponitur actio in rem prætoria quæ in usu juris nostri specialiter rescissoria appellatur *l. nec non 28. §. ult ex quib. caus. maj. ult. C. eod. l. nullo 24. C. de rei vind. l. ab hostibus 18. C. de post. l. rev.* Nomen ex re inditum, quia per eam rescinditur, quod jure civili ratum est, *l. in honorariis 35. in fin pr. de obl. & act.* Hæc actio superiori quodammodo contraria est: nam actione Publiciana agitur de re non usucapta, quam actor in effectu contendit usucaptam. Hic è converso de re usucapta, quam actor non usucaptam intendit. Illic loco domini habetur, qui dominium nondum acquisivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus est jure civili. Pertinet huc edictum de restitutione majorum 25. annis, quod extat in *l. 1. quibus ex caus. maj.* qua parte scilicet præter eos, quorum res usucapta est, certis ex causis in integrum se restiturum pollicetur. VINN. Rectè hæc notat Vinnius. Verè enim unus idemque utriusque actionis auctor est, puta Publicius. Unde non solum ejusdem naturæ sunt propter fictionem: sed & rescissoria disertè dicitur *Publiciana. l. 35. ff. de O. & A. & l. 57. ff. mandat.* Publicium Ciceroni fuisse εὑρετὴν plerique colligunt ex ejus *Orat. pro Clement. cap. 45.* ubi meminit Q. Publicii Prætoris. Sed mihi actio rescissoria antiquior videtur ob locum insignem Terent. *Phorm. Act. 2. Scen. 4. v. 9.* ubi Cratinus Advocatus: *Quod* TE ABSENTE *hic filius egit, restitui in integrum, æquum est & bonum, & id impetrabis. Dixi* Verè enim loquitur de actione rescissoria, quamvis eam male

2 tamquam rabula applicet. HEIN. Causas duas edicto expressit, clausula edicti prima absentiam necessariam ejus, cujus res usucapta est; secunda absentiam qualemcumque ejus, qui usucepit. Postremo adjecit clausulam generalem, qua idem promittit quavis ex causa, quæ ipsi justa videbitur. Itaque duobus potissimum casibus majoribus contra usucapionem succurrit data actione rescissoria; si res absentis usucapta sit ab eo qui in civitate mansit; si res in civitate manentis usucapta sit ab eo, qui abfuit. Quod posterius hic tantùm tangitur: prioris autem partis, cujus & frequentior usus & major utilitas, cognitio ex latiore Digestorum volumine peti jubetur. Introducendæ hujus actionis hanc causam prætor habuit, quod iniquum ei visum fuit, aut necessariam justamve absentiam nocere absenti, aut qualemcumque alterius absentiam nocere alteri, *l. item ait. 21. d. titul.* Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, hic aut intacta aut minus perspicua, indicata disces mox ex Commentario.

3 *Cùm Reipubl. causa abesset*) De eo, qui absens usucepit, ita loquitur Justinianus, quasi eum oporteat necessaria aliqua aut probabili de causa abfuisse: quod tamen secus esse discimus ex edicto, cujus in secunda clausula, quæ hunc casum continet, prætor non distinguit, qua ex causa quis abfuerit, necessariane aut probabili, an planè voluntariè. Quod & disertè Ulp. notavit *l. item ait 21. §. 1. h. t. ex quib. caus. maj.* Et verò si ne justissima quidem absentia prodest absenti ad usucapionem retinendam, absurdum sit, ei prodesse absentiam planè voluntariam, malitiosam puta aut animi causa susceptam. Illud observandum est, tum demum ex hac parte edicti restitutionem dari, si defensor absentis non extitit: nam si procurator fuit, aut amicus, qui se ultro defensioni obtulit, non debere eum inquietari: & hoc amplius ne aliter quidem edicto in casu proposito locum esse, quàm si aut amici absentis de defendendo eo interroganti defensionem non suscipiant, aut nemo sit, qui interrogari potest, *d. l. item ait. 21. §. pen. & l. seq. eod.* Novissimè autem à Justiniano cautum, ut licet defensor absentis nullus existat, tamen integrum sit præsenti usucapionem interrumpere, adito judice, & diligentia sua apud eum contestata, *l. 2. C. de annal. exc.* Itaque ex hac parte edicti restitutio dari desiit.

In hostium potestate) Ut hic procedat usucapio, ponendi termini habiles, nempe si servus aut filius ejus, qui captus est, rem ex causa peculiari teneant: hoc enim casu domini aut patris captivitas impedimento non est, quominus ea res usu acquiratur, *l. ait prætor 23. §. 3. hoc tit. l. justo 44. §. ult. de usuc.* Cæterum extra hanc causam captivus per servum aut filium possessionem acquirere non potest, ac proinde nec usucapere: sed possessio, atque usucapio inchoata captivitate interrumpitur in tantum, ut nec postliminio restituatur, *l. denique 19. hoc titul. l. si is. 15. in pr. de usucap.*

Usuceperit) Potest igitur & absens usucapere rem præsentis, & ejus quidem, qui contra absentem agere non potuit, *l. item ait. 21. §. 1. & deinceps. l. seq. hoc t.* Alioqui vulgo traditur, contra eum qui agere non potest præscrip-

criptionem non currere, *l. in fin. C. de annal. exc. l. in rebus* 30. *verſ. omnis. C. de jur. dot. l.* 1. *in fin. C. bon. matern.* Reſpondent interpretes, diſtinguendum eſſe inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficere, ne præſcriptio currat aut impleatur. Exempla in *d. l.* 1. *C. de ann. exc. d. l. in rebus* 30. *C. de jur. dot. l.* 7. §. 4. *C. de præſcr.* 30. *ann.* Facti verò, quale eſt, quod hic objicitur, non item. Itaque opus eſſe reſtitutione, & rectè: quippe rationi conſentaneum eſt, ut ubi jus ipſum impedimentum agendi objicit, ibi quoque ſiſtatur curſus uſucapionis ipſo jure ac ſingulorum factorum, quæ idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non poteſt.

Permittitur domino) Veteri ſcilicet, cujus res jure civili uſucapta eſt. Hunc dominum vocat, vel reſpectu præteriti temporis, vel potius quia à prætore reſcindente uſucapionem adhuc pro domino habetur.

Intra annum reſciſſa uſucapione) Actio hæc, licet rei perſecutoria ſit, anno tamen eam finiri placuit, quia contra jus civile datur, *l. in honorariis.* 35. *in fin. pr. de obl. & action.* Annum intellige utilem *l.* 1. §. 1. *hoc titul. l. ab hoſtibus.* 18. *de poſtl. rev.* pro quo tamen Juſtinianus ſubſtituit quadriennium continuum, *l. ult. C. de temp. in int. reſtit.* Quod autem ait, permitti domino reſciſſa uſucapione rem petere, & Paulus *d. l.* 53. hanc actionem dari reſciſſa uſucapione, id non ſic intelligendum eſt, quaſi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quod prætor reſcindat uſucapionem, ae tum demum hanc actionem det, qua petatur res reſtitui. Sed ideo hoc dicitur, quia prætor, dum hanc actionem concedit, ſimul vi ipſa uſueapionem reſcindit: quoniam permittit veteri domino ſic agere, ut petat rem ſibi à poſſeſſore reſtitui, perinde ac ſi nulla uſucapio interveniſſet, *l.* 1. §. 1. *l. ſed etſi.* 26. §. *ſi feriæ.* 7. *l. nec non* 28. §. *penult. hoc tit. l. ult. C. eodem, l. nullo* 24. *C. de rei vindic.* Quibus ex locis manifeſtè apparet, reſciſsionem uſucapionis in ipſa datione actionis conſiſtere, prætoremque dici reſtituere, cùm actionem reſciſſoriam petenti concedit: ae proinde uno ſimplicique judicio rem totam explicari, *fac. l.* 9. §. 3. & 4. *quod met. cauſ. l.* 1. §. 1. *de dol. l.* 2. §. 1. *de cap. minut. l.* 1. *de alien. jud. mut. cauſ. l. ult.* §. *ult. ad. SC. Vellej.* Hoc & Gomez. *hìc. n.* 8. & *ult.* odoratus eſt: ſed explicare non potuit, aut ſolidè conſultare communem DD. opinionem, ſecundum quam duplex judicium hìc neceſſarium, unum reſcindens, alterum reſciſſorium: ac proinde & duplex libellus, duplex litis conteſtatio, & duplex pronuntiatio, decretum ſcilicet magiſtratus, quo reſcindatur uſucapio, & ſententia judicis, qua res reſtitui jubeatur. Pet. de Bellapert. Jo. Fab. Jaſ. Zaſ. Myn. Schneid. *hìc.* Odd. *de reſtit. q.* 33. *art.* 1. Maurit. *de reſtit. c.* 4. Quæ opinio erronea eſt, & à ratione juris noſtri valde aliena, ut ex iis, quæ modo diximus, perſpicuè patet: in foro tamen recepta, ut ſic utrumque remedium cumulari, id eſt, eadem utrumque opera peti & obtineri ſoleat, Odd. *part.* 1. *q.* 33. *art.* 5. Mynſ. 2. *obſ.* 25. Oldend. *claſſ.* 6. *action.* 8. Error hìc natus videtur ex ignorantia ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat ſpecies quædam duplicis judicii, dum quædam apud prætorem ſeu magiſtratum tractabantur, quædam apud judices datos. Cæteroquin revera unum tantùm erat judicium: ideoque unus tantùm libellus, una litis conteſtatio, una ſententia deſiderabatur. Nempe apud prætorem non inſtituebatur judicium, ſed à prætore conſtituebatur, data actione & judice, qui de re cognoſceret unde nec illa, quæ apud prætorem fiebant, in judicio fieri dicebantur, ſed in jure: de quo fuſius ad *pr. hujus tit.* Præcedens error ſecum traxit & alium de duplici tempore: uno, intra quod utendum ſit remedio reſcindenti: altero, intra quod petenda & inſtituenda actio reſciſſoria. Illud volunt intentari poſſe intra quadriennium continuum; hanc finiri anno utili. Donellus vult, perpetuam eſſe. Sed ut una & ſimplex hic eſt actio, ita & unum tempus, intra quod ea peti & inſtitui debet, annus olim utilis, nunc quadriennium continuum computandum à tempore, quo abſens reverſus eſt. Illud ſingulare, quod hoc tempus etiam finiendæ actioni conſtitutum eſt, *l. ult. hoc tit.* junct. *l. ult.* §. *ult. C. de temp. in integr. reſtit.*

Ut dicat, poſſeſſorem uſu non cepiſſe) His verbis ſignificatur actoris in hac actione intentio. Ut autem in actione præcedenti, ita hìc quoque intentio non ad verba, ſed ad vim effectumque verborum exigenda eſt, quoniam ſic agitur, ut effectu res uſucapta non videatur. Puta, non dicet petitor, poſſeſſorem rem, quæ petitur, uſu non cepiſſe: quod & apertè falſum eſt, & perinde quaſi negaret, adverſarium dominum eſſe: cujuſmodi formulæ in rerum corporalium vindicatione proditæ non ſunt, §. 2. *ſup. eod.* ſed cauſam exprimet, ex qua actio ei jure conſtituta ſit: dicet, adverſarium abſentem rem uſucepiſſe, cùm ipſe in-

 ter-

terea ejus nomine agere vellet : & usucapionem interrumpere non potuerit : itaque petere se , ut sibi restituatur. Prætorem quoque verisimile est verba edicti secutum hoc modo judicium concepisse. *Si paret , eam rem , qua de agitur , à possessore absente per statutum tempus possessam esse , cùm interea petitor ejus nomine agere cùm conaretur , non potuerit , tum si ea res petitori non restituatur , possessor damnetur.*

7 *Quibusdam & aliis*) Veluti absenti , cujus res usucapta sit ab eo qui in civitate mansit : quæ causa restitutionis prima parte edicti expressa est : & sola nunc etiam utilis , cum ex causa superiore jure novo restitutio non detur , *l. 2. C. de annal. exc.* Non omnibus verò absentibus hac parte succurritur , sed iis dumtaxat , quorum absentia aut necessaria fuit, *l. 1. §. 1. in pr. l. 3. cum seqq. l. reipub. 36. l. non vere. 42. hoc tit.* aut voluntaria quidem, sed justa & probabilis , qualis est studiorum causa , & similes. Hoc ex generali & postrema edicti clausula , *l. sed & si 26. §. pen. & ult. cum duabus ll. seqq.* Illud tamen inter hæc interest , quod in necessaria & repentina absentia non nocet , quod quis procuratorem domi non reliquit ; in voluntaria aut ante prævia absenti non succurritur , nisi procuratorem reliquit, isque procurator non egerit,aut interim defunctus sit , *l. 26. §. ult. l. nec non 28. in pr. eodem.* Quippe priore casu nihil est quod absentibus imputetur : posteriore objici eis potest , quod de rebus suis componendis ante discessum potuerint & debuerint cogitare , *d. l. 29. §. 1.* Hoc eodem edicto succurritur & creditoribus, qui actionem ex his causis amiserunt, *d.l.1. §.1. Julian. 17. §. 1. l. si quis 41. eod.* sed hoc casu actio restitutoria in personam est.

8 *Simili æquitate motus*) Quæsitum hoc est, an sola ignorantia justa & sufficiens causa sit, ob quam ex postrema edicti clausula danda sit restitutio adversus usucapionem aut præscriptionem. Ego puto non esse , *arg. l. ultim. in fin.* ibi, *nulla ignorantia vel scientia expectanda. C. de præsc. long. temp. l. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann. l. unic. C. de usucap. transf.* Nam cùm sufficiens tempus præstitutum sit , intra quod quisque in res suas inquirat , easque sibi asserat , post illud tempus restitui postulans ex sola causa ignorantiæ , id est , ea , quæ conjuncta est cum desidia & negligentia , audiri non debet. Denique si ex hoc solo capite restitutio admittatur , jus de usucapionibus & præscriptionibus constitutum non assequetur finem suum,numquam finis erit litium, semper dominia in in certo, contra *l. de usucap.* Wesemb. *parat. hoc tit. num.* 10. Pinell. *in auth. nisi triennale. C. de bon. mat.* diss. comm. DD. Covarr. *in c. possessor de reg. jur. in 7. pag. 3. §. 3.* Gail. 2. *observ.* 19. De præscriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur. Videsis And. Fachin. 1. *contr.* 69. Ant. Fab. *C. suo tit. si advers. usuc. & tit. de temp. in int. restit.* Pinell. *in d. auth. num.* 58.

TEXTUS.

De Pauliana.

6. Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit , bonis ejus à creditoribus possessis ex sententia præsidis , permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam petere , id est, dicere , eam rem traditam non esse , & ob id in bonis debitoris mansisse.

NOTÆ.

6. In fraudem creditorum) Et eventum fraus habuerit , *l. 10. §. 1. l. 15. quæ in fraud. cred.* & simul is qui accepit , fraudis conscius fuerit , *l. 1. l. 6. §. 8. eod.* In causis tamen lucrativis etiam in eum , qui fraudem ignoravit, hanc actionem dari placet, quatenus locupletior factus est , *d. l. 6. §. 11.*

Rescissa traditione) Unde tam actionem Paulianam , quæ rescissoria est traditionis , quàm superiorem illam usucapionis rescissoriam, actionem in rem esse , & ad exemplum vindicationis dari , contendunt Cujac & Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Agi hìc de actione , quæ Pauliana dicitur ; licet ea non in rem , sed in personam sit.*
2 *In personam esse , multis argumentis evincitur.*
3 *Dari hanc actionem creditoribus , sive ante sive post missionem in bona, res in fraudem eorum alienata sit : interdum & in rem competere; quæ tamen huc non pertineat.*
4 *Quæ concurrere debeant , ut Paulianæ sit locus?*
5 *Verborum edicti* , Quod fraudationis , &c. *explicatio.*
6 *Edictum non pertinere ad eos qui id agunt , ne acquirant ; ubi quædam notabilia.*
7 *Quando primum creditores Paulianæ experiri possint. D. Joan. Dekher. notatus.*
8 *Qualis hic sit rescissio & restitutio?*
9 *Intentio creditorum in actione Pauliana.*
10 *Dari hanc actionem intra annum utilem , quo primum experiundi potestas fuit.*

1 TErtia species actionis prætoriæ hìc proponitur, Pauliana dicta, quæ datur credito-

ditoribus ad revocanda ea, quæ in fraudem eorum alienata sunt, *l. videamus.* 38. §. *in Faviana* 4. *de usur.* atque huc pertinent, *tit. ff. quæ in fraud. cred. & C. de rev. bis quæ in fraud. cred.* Hanc autem actionem Glossa & plerique interpretes non in rem, sed in personam esse opinantur; hìc autem exponi inter prætorias in rem, & subjici rescissoriæ tantùm propter similitudinem, quam cum illa habet, quod uti per illam usucapio, ita per hanc traditio rescindatur, atque ita utraque contra jus civile detur. Quod ego verissimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulinianam hìc nominat, sed eam in rem esse dicit, deceptum à Triboniano inconsideratè, & tantùm ob similitudinem, quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones in rem. Etenim in rem eam non esse, primum ex eo vincitur, quod creditores non vindicant, aut intendunt, rem suam esse, ut in actionibus superioribus: sed ajunt, rem in bonis debitoris mansisse, quorum possessio ei data est. Deinde ex eo quoque, quoniam cùm actionis in rem proprium sit, ut sequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; si quis autem non possidet, non teneatur, *l. actionum.* 25. *de oblig. & act.* utrumque contra est in actione Pauliana: nam & is, qui possidet, quod in fraudem creditorum alienatum est, hac actione non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa acceperit, *l.* 1. *l. is qui.* 9. *& l. seq. hoc tit. l. pen. C. eod.* ut hìc non sola possessio, sed aliud factum possessoris spectetur. Et è converso, qui non possidet, nec dolo malo desiit possidere, tenetur. Datur enim hæc actio non solùm hæredi, sed etiam in hæredem similesque personas, & qua tales, *d. l.* 10. §. *ult.* quod non minus quàm prius illud à natura actiones in rem abhorret, quæ rem semper sequitur & propter rem ejus possessorem, *l.* 2. *C. si nu. ex plur. hæred.* Cùm itaque in rem non sit, relinquitur, ut sit in personam, §. 1. *sup. eod. d. l. actionum.* 25. *de oblig. & act.* Et hoc verum esse, vel ex hoc uno intelligimus, quod hæc eadem actio in factum passim appellatur, *d. l.* 10. *l.* 14. *hoc tit. l. pen. C. eod.* quo nomine quæ appellantur, omnes in personam sunt. vid. Bachov. *disp.* 3. *de action. thes. ult.* Accedit exemplum actionis Favianæ, quam non in rem, sed in personam esse disertè testatur Ulp. *l.* 1. §. *hæc actio.* 26. *si quid in fraud. patron.* Erit igitur & Pauliana in personam, cùm utraque ex eadem causa detur; Faviana, si quid in fraudem patroni; Pauliana, si quid in fraudem creditorum alienatum sit. Sed quid verbis opus est? Jurisconsultus in *l. videamus.* 38. §. *in Faviana.* 4. *de usur.* palam inter actiones, quæ in personam sunt, etiam Paulianam numerat. Nam cùm initio proposuisset videndum, quando in actionibus in personam etiam fructus veniat, mox variis ejus generis exemplis adductis, inter cæteras in personam actiones Paulianam quoque, per quam quæ in fraudem creditorum alienara sunt, revocantur, *d.* §. 4. recenset, quidem conjunctim cum Faviana, quàm in personam esse constat. At inquies, si Pauliana in personam est, erit etiam ex obligatione, §. 1. *sup. eod.* Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, cum quo agitur, sive is fraudis particeps fuit, sive non fuit. Nam & qui ab initio dolo caret, improbè facit, si, postquam cognovit, rem in fraudem creditorum alienatam esse, eam tamen, & tantùm lucri sui causa, retinere tentet, per *l. metum.* 9. §. *ult. l. item si.* 14. §. 3. *quod met. caus.* Frustra se fatigat Bachov. *hic & disp.* 3. *de act. th. pen.* dum probare conatur, actionem Paulianam in rem actionem esse: add. Don. *hic num.* 3. *& seqq.* Ant. Fab. 26. *conj.* 16. Vinn. Certum quidem est, Paulianam naturam potius personalium quàm realium actionum servare. Neque tamen ideo credibile fit, Tribonianum & socios tam fuisse principiorum juris ignaros, ut solo vocabulo *rescisionis* decepti actionem personalem pro reali vendiderint, maximè quum verosimile sit, eos in hoc titulo Cajum vel alium ex veteribus κατὰ πόδα fere sequutos. Existimo itaque actionem hanc ex mente prætoris & veterum verè esse in rem, quia nascebatur ex jure in re, quod creditores in bonis debitoris per possessionem bonorum consequebantur. Unde patet, cur hìc disertè mentio fiat *bonorum ex sententia præsidis possessorum*: simulque intelligimus ratiocinationem non procedere ab actione Faviana ad Paulianam. Hic enim creditores res vindicant, quia prætor eis jus in debitoris bonis dedit, finxitque, res in fraudem alienatas non esse traditas, adeoque adhuc ad bona hæc, quæ possident ex decreto suo, pertinere. Hein. Illud hic notandum est, quod actio Pauliana competat, sive quid alienatum sit in fraudem creditorum antequam creditores in bona mitterentur; sive alienatio facta sit, postquam jam in possessionem bonorum debitoris missi sunt, quorum quidem prius negat. D. Joan. Deckher. 1. *diss.* 10. *num.* 27. Sed perspicuè refellitur per *l.* 15. *& l.* 17. §. 1. *hoc tit.* Posteriore autem casu evenire potest, ut etiam in

rem

rem actio creditoribus competat pignoris persequendi gratia. Nam si creditores in possessionem jussu magistratus missi etiam in possessionem venerint, constituitur creditoribus in bonis debitoris pignus, quod in usu juris dicitur prætorium *l. non est mirum 26. §. 1. de pign. act. l. ult. C. de præt. pign.* cujus pignoris, si creditor forte possessionem amiserit, persequendi causa actionem in rem & olim habuit, & nunc habet: olim certo jure, si possessionem sine culpa sua casu aliquo amisisset: nunc etiam, etsi culpa sua possessione cecidit, *d. l. ult. C. de præt. pign.* Verùm hæc actio huc non pertinet, ut putat D. Donellus; quippe qua agenti necesse non est dicere rem in bonis debitoris mansisse: nam alienatio non extinguit jus pignoris, *l. distractis. 14. & l. seq. C. de pign.* Sed neque species est Paulianæ, ut quidam putaverunt, quia datur adversus quemcumque possessorem: sed est species quasi Servianæ seu hypothecariæ, per *d. l. ult. C. de præt. pign. & arg. l. 9. hoc tit.* nam in casu illic proposito possessionem jure pignoris avocantem secundus emptor non excluderet, cùm tamen excludat agentem Pauliana.

4 *In fraudem creditorum*) Ut hæc actio ex edicto competat, requiritur, ut quid alienatum sit in fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum hìc accipimus, si & animum fraudandi debitor, & eventum fraus habuerit; nam si alterutrum desit, & vel propositum fraudandi nullum fuerit, quod putaverit debitor, se solvendo esse, vel creditores re ipsa & eventu fraudati non sint, huic actioni non est locus, *l. ait prætor. 10. §. 1. l. si quis. 15. hoc tit.* Hoc amplius cessat hæc actio & revocatio, nisi & is, qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l. 1. l. 6. §. hoc edictum. 8. d. l. ait prætor. 10. §. 2. eod.* Cæterum hoc sic acceptum est, si quis rem accepit ex causa onerosa: nam in causis lucrativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hactenus utique in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus est, *l. 6. §. similis modo. 11. eod. l. pen. C. eod.* Planè, qui debitam pecuniam recepit antequam bona debitoris possiderentur, quantumvis non ignorans, eum solvendo non esse, in hoc edictum non incidit; quia sibi vigilavit, *d. l. 6. §. apud Labeonem. 6. & seq.* Porro quando & quatenus solutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia *l. pen. hoc tit. l. 6. §. 2. de reb. auct. jud. poss.* aliarumque eodem pertinentium, vid. Bart. *in d. l. pen.* Pet. Fab. *ad l. generaliter. 78. de reg. jur.* Ant. Fab. *2. conj. 14.* Gail. *1. obs. 25. n. 14. & seqq.*

5 *Alicui tradiderit*) Edictum generalibus verbis conceptum est, *Quæ fraudationis causa gesta erunt, &c.* quæ verba latissimè patent, continentque quidquid quocumque modo fraudis causa factum est. Itaque qualecumque id fuerit, hac in factum actione revocatur, sive rem alienaverit debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, usumfructum aut servitutem non utendo amiserit, sive acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem moveri passus sit, vel à debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & si pignora liberaverit, vel quem alium in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quocumque denique modo aliquid fecit, ut desineret habere, quod habebat, ad hoc edictum pertinet, *l. 1. cum 4. seqq. l. 10. l. si cum. 12. & seqq. l. 14. & passim deinceps, hoc tit.* Planè ille in ea causa

6 non est, ut edicto locum faciat, qui id agit, ne acquirat, quod acquirere potest, puta qui legatum aut hæreditatem sibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet, qui quid de bonis suis deminuunt, non qui id agunt, ne locupletentur, *l. 6. pr. §. 1. & aliquot seqq. eod. l. non fraudantur. 134. de reg. jur. fac. l. 5. §. 13. & seq. de don. int. vir. & ux.* D. Diod. Tulden. *in C. hoc tit. n. 4.* Latè & eleganter D. Wesemb. *cons. 17. n. 42. & seqq.* Atque hinc est, quod nec suus hæres se abstinens edicto locum facit, *l. 5. hoc tit.* multoque minus præteritus aut exhæredatus, qui non queritur de inofficioso, aut non agit ad supplementum legitimæ, per *l. 1. §. sed si 8. si quid in fraud. patr.* An ad legitimam petendam fiscus cogi possit, dubitatur; sed verius est, compelli non posse, *arg. d. l. 6. §. 2. l. patrem. 19. hoc tit. d. l. 1. §. sed si 8. si quid in fraud. patr.* Jo. Gutier. *in repet. cap. quamvis. 2. de pact. in 6. n. 24.*

7 *Bonis ejus possessis*) Id est, postquam creditores à magistratu in possessionem bonorum debitoris missi sunt. Nam hæc actio demum competit post possessionem, excussionem, distractionem bonorum; nec aliter, quàm si ex bonis distractis creditoribus satisfieri nequeat, *l. pen. C. hoc tit.* de quo fusè Schneid. *n. 49. & seqq.* Sententiam hujus loci corrumpit D. Joan. Deckherus *ubi sup.* Nam vitiosè planè & per fallaciam compositionis & divisionis hæc textus verba, *bonis ejus possessis*, ita accepit, ac si significarent, pro iis demum bonis revocandis hanc actionem competere, quæ debitor alienavit, postquam jam bona posses-

sa

sa erant, & hinc probat, Paulinam non competere de rebus ante missionem in bona alienatis. Perperam, inquam, quoniam verba ista non ad tempus factæ alienationis, sed intentandæ hujus actionis referenda sunt: per *l. si quis.* 15. *l. omnes.* 17. §. 1. *hoc tit.* junct. *l. pen. C. eod.*

Ipsis creditoribus) Plerumque curator bonorum hic constitui solet, *tit. de cur. bon. dand.* cui tum hæc actio exercenda datur, *l.* 1. *hoc tit.*

8 *Recissa traditione*) Sic intelligo, ut §. *prec.* dictum est, vi ipsa restitutionis in integrum & judicii constituti. Rescinduntur autem hæc in factum actione, & in pristinum statum restituuntur omnia quæ in fraudem creditorum facta sunt, perinde ac si nihil eorum factum esset. Itaque non dominia solùm revocantur & res ipsæ, verùm etiam obligationes, actiones, fructus, accessiones, cæteraque commoda restituuntur, quæ creditores habuissent, si nulla alienatio aut liberatio intervenisset, *l.* 1. §. 1. *l. ait prætor.* 10. §. *per hanc.* 19. & 3. *seqq. l. hac in factum.* 14. *l. omnes.* 17. *l. ult.* §. *non solum.* 4. *hoc tit. l. videamus.* 33. §. *in Faviana.* 4. *de usur.*

9 *Dicere, traditam non esse*) Non disertè ac nominatim, quasi his ipsis verbis formula intentionis concipienda: sed dicere & intendere effectu & rebus ipsis, ut in actionibus superioribus. Sic enim hic agunt creditores, quasi revera res numquam tradita sit. Adversus quos hæc actio detur, satis ex iis, quæ superius dicta sunt, intelligitur. Ex sententia Venuleji etiam adversus ipsum fraudatorem datur, *l. ult.* §. *ult. hoc tit.* Datur intra annum, *l.* 1. *l.* 10. *eod.* nimirum quia velut superior illa contra jus civile introducta est, vel quia na-10turam actionis pœnalis habet. Post annum tamen de eo adhuc competit, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, *d.l.* 10. §. *pen.* Annum intelligimus utilem, quo primum experiundi potestas fuit, *d. l.* 10. *in pr.* Itaque annus hujus actiones computabitur ex die venditionis bonorum, factæ scilicet à creditoribus decreto magistratus, *l.* 6. §. *ult. d.l.* 10. §. *annus.* 18. *eod.* Ante enim agi non potest, & non valenti agere præscriptio non currit, *l.* 1. §. *ult. C. de annal. exc.* Joan. Fab. *n.* 17. Mynf. *n.* 63. Schneid. *n.* 83. Inconsideratè igitur nonnulli textus istos retulerunt ad diem alienationis factæ à debitore, inter quos & D. Wesemb. *par. hoc tit. num.* 12.

Textus.

De Serviana & quasi Serviana, seu hypothecaria.

7. *Item Serviana & quasi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur qui de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenit, ut si pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maximè si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus.*

Notæ.

7. *Quæ pignoris jure*) Scil. tum ea, de quibus nominatim convenit, ut pro mercede fundi essent obligata, §. 3. *in fin. inf. de interd.* tum fructus in fundo conducto nascentes; quæ tacite intelliguntur pignori esse domino fundi, *l.* 7. *in quib. cauf. pign. tac.* In prædiis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam invecta & illata ab inquilino citra conventionem pignori sint: in rusticis autem prædiis contra observatur, *l.* 4. *d. tit. l.* 4. *de pact.*

Quæ simul traditur, &c.) *L.* 9. §. 2. *de pign. act. l.* 238. §. 1. *de verb. sign.* quam differentiam etiam Græci ponunt inter, ἐνεχυρον, & ὑποθήκην.

Commentarius.

1 *Causa introducendæ actionis hypothecariæ.*
2 *Qualis sit hæc actio, quibus, adversus quos, quo exitu detur?*
3 *Quarum rerum probatio creditori pignus persequenti incumbat?*
4 *Necesse non esse ut creditor probet, rem in dominio debitoris fuisse, dummodo probet fuisse in bonis ejus.*
5 *Differentia juris veteres & novi circa hanc actionem, quando alius, quam debitor, pignus possidet; tum quid hic juris apud Batavos?*
6 *Nomina Serviana & quasi Serviana unde? Hypothecaria nomen commune: differt à pignoratitia.*
7 *Edictum quibus verbis à Servio conceptum?*
8 *Quæ res coloni pro mercede pignoris juris teneantur?*
9 *Invecta & illata in prædium urbanum tacitè pig-*

pignori esse : in rusticum importata pignori non esse, nisi id expresse convenerit.

10 *Actioni hypothecariæ locum esse in omni genere pignoris. Constitutio Caroli V. ann.* 1529.

11 *Inter pignus & hypothecam nihil interesse quantum ad actionem hypothecariam: nisi forte in eo, quod cautum* Nov. 4. cap. 2.

12 *Inter pignus & hypothecam quid propriè intersit secundum usum juris? Veteres pro hypotheca verbo Latino* fiducia *usos videri.*

1 AD extremum proponitur hic actio in rem de pignore, quæ item jure honorario utilitatis causa comparata est, *l. si tibi.* 17. §. 2. *de pact.* Nam jure civili nulla actione consulebatur iis, quibus res debitorum obligatæ erant, cùm possessio earum apud alium esse cœpisset. Hoc igitur cùm prætori Servio durum videretur, ipse actionem de pignore seu hypotheca quibusdam in causis introduxit, quæ postmodum eadem æquitate suadente prudentum interpretatione producta est etiam ad 2 alias causas & species pignoris. Actio hæc in rem est, *pignoris.* 17. *de pign. l. pignoris.* 18. *C. eod.* constituta creditoribus pignoris persequendi causa, ut hic declaratur. Unde intelligimus, competere eam adversus omnes, qui pignus possident, aut dolo malo possidere desierunt, *l. si fundus.* 16. §. *in vindicatione* 3. *de pign.* Exitus actionis hic, ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentis solvere, aut rem, de qua agitur, restituere; alioqui quanti ea res est, condemnatur, *d.* 3 *l. si fundus.* 16. §. 3. Duo autem creditori pignus pesequenti probanda sunt. 1. se jus pignoris in re, de qua agitur, habere, 2. possessionem ejus rei esse penes eum, qui convenitur. Ad primum quod attinet, si creditor cum ipso debitore experiatur, sufficit ei ad fundandum jus pignoris probare, quod debitor possideat: quoniam inter contrahentes ipsos etiam alienæ rei pignus consistit, neque debitor quæstionem dominii deferre potest, per *l. in rem alienam.* 11. *in fin. de pign. act.* Si verò agatur contra tertium possessorem, probandum est, rem in bonis debitoris fuisse, aut in casu generalis hypothecæ postea ad eum pervenisse, *l. & quæ nondum.* 15. §. 1. *de pign.* Nec interest, possessor causam habeat, an non habeat; & cùm habeat, utrum lucrativa sit, an onerosa. Nam jus pignoris non fundatur, nisi res fuerit in bonis debitoris cùmque hypotheca propriè titulum non præbeat, & creditor jure debitoris nitatur, oportet creditorem potentiori jure munitum esse, quam pos- 4 sessorem. Illud probare necesse non est, debitorem rei dominum fuisse, sed, quemadmodum dixi, fuisse in ejus bonis, sed justo titulo & bona fide ab eo possessam: quoniam quo probato succumberet possessor debitore agente Publiciana, eo probato etiam succumbere debet creditore agente hypothecaria, *arg. l. si ab eo.* 18. *de pign.* Hæc fusius tractantur à Jo. Fab. Ang. Jas. Zas. Schneid. *ad hunc* §. Cyn. & Salic. *ad l. cum res.* 5. *C. si res al. pign.* Neguf. *de pign.* 7. *memb.* 3. *n.* 6. *& seqq.* Secundum expeditum est: quippe hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tempore, quo moventur, ad litem fundandam reum possidere oporteat. Olim si alius 5 quàm debitor pignus possidebat, non tenebatur creditor ipsum prius debitorem personali actione convenire, & sic deinde illo non solvente demum pignus à possessore persequi: sed in arbitrio creditoris erat, adversus utrum prius experiretur, *l. distractis.* 14. *l. persecutione* 24. *C. de pign. l. ult. C. de obl. & act.* Tantùm hoc requirebatur, ut si debitor præsens esset, prius denuntiationibus conveniretur, id est, legitimè interpellaretur, ut solveret, ac tum illo non solvente ad possessorem pignoris veniretur, *l.* 10. *C. d. tit.* Justinianus autem à creditoribus plus exigit; constituit enim, ut si debitoris præsentes sint, non tantùm denuntiationibus conveniantur, sed eam judicio, nec prius ad pignorum possessores perveniatur; quàm excussis debitoris, & fidejussorum, si qui sint, facultatibus. *Nov.* 4. *cap.* 2. *unde auth. sed hodie. C. de obl. & act. & auth. hoc si debitor. C. de pign.* Id jam olim in fisco pignus legale vindicanre humanitaris causa placuerat, *l. Moschis.* 47. *de jure fisc.* ad cujus exemplum in conventionali pignore idem cavisse videtur Justinianus. Quod si debitor aut hæres ejus pignus possideat, tum adhuc nullus ordo servatur, & liberum etiamnum creditori est, omissa actione personali pignus persequi, *d. Nov.* 4. *c.* 3. *vers. cont. principales, l. persecutiones* 24. juncto. *pr. auth. seq. hoc si debitor. C. de pign.* & secundum hoc sæpe à supremis Curiis judicatum restatur Christin. *vol.* 4. *decis.* 151. *n.* 9. *& seq.* Apud nos jus vetus reductum placito anni 1564. quo expressè derogatur *d. Nov.* 4. *cap.* 2. *& d. auth. hoc si debitor.* Potest itaque hodie creditor vi istius placiti statim tertium possessorem convenire, & pignus persequi, omisso debitore principali ejusque fidejussoribus, nec prius facultates eorum excutere tenetur, vid. *decis.* 4. *Cur. Holland.*

Serviana, & quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria) Duplex igitur de pignore in rem 6 actio est: Serviana dicta ab auctore eadem analo-

logia, qua Publiciana; & quasi Serviana sic dicta, quia ad exemplum Servianæ introducta est; unde & utilis Serviana dicitur, *l.* 1. *in pr.* & §. 2. *de pign. l.* 1. *C. de precar.* Hæc eadem, ut hic traditur, etiam hypothecaria appellatur, à re scilicet & nomine communi: quod nomen etiam Servianæ competit; sed cum hæc nomen proprium haberet, illa, quod commune est, sibi proprium fecit. Nonnumquam tamen appellatione Servianæ & quasi Serviana seu hypothecaria omnis significatur, *l.* 3. *l. si ab eo* 18. *de pign. l. si creditor* 28. *de pign. act. l. ult. C. de oblig. & act.* Ab actione hypothecaria toto genere differt actio, quæ pigneratitia propriè dicitur, utpote quæ non in rem, sed in personam est, nec creditori competit, sed debitori adversus ipsum creditorem ex contractu obligatum ad pignus, quod accepit, soluto debito restituendum; de qua *π*. & *C. de pign. act.* §. *ult. sup. quib. mod. re cont. obl.* Abusivè tamen veteres quandoque hypothecariam quoque pigneratitiam vocat, ut observare licet, *l.* 9. *in fin. quib. mod. pig. solv. l. rem alienam* 4. *de pign. act. l.* 3. §. 3. *ad exhib. l.* 13. *de cond. ind. l. duobus* 19. *de exc. rei jud.* & aliis locis. Vid. nostra ad *d.* §. *ult.*

Et prætoris jurisdictione) Atqui quasi Serviana à prætore introducta non est, sed Jurisconsultorum ingeniis excogitata & instituta ad exemplum ejus, quæ à prætore comparata & in edicto proposita fuit. Respondemus, etiam eas actiones, quæ ad imitationem edicti à prudentibus compositæ sunt, prætorias censeri propterea quod causam & initium à jurisdictione prætoris acceperant.

7 *De rebus coloni*) Dubium non est, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti proposita fuit, Serviana propriè vocetur. Unde existimare licet, prætorem nominatim tantùm de rebus colonorum pro mercede locationis obligatis, locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuisse: *Quod à colonis oppigneratum mercedis causa ad alterum pervenerit, ejus rei creditoribus actionem dabo.* De rebus inquilini similiter obligatis actio verbis edicti proposita non fuit, itaque cùm de his rebus agimus, non propriè Serviana experimur, sed quasi Serviana, quæ est ex edicti productione.

8 *Quæ pignoris jure pro mercedibus*) Relativum *quæ* hic non demonstrat, sed distinguit: quippe hac adjectione non illud significatur, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas, sed de his, quæ obligatæ sunt, Servianam competere. Jam autem constat, non omnes res coloni pro mercede pignoris jure teneri; sed primum fructus in fundo conducto nascentes: qui quidem etiam tacitè citra ullam conventionem pignori esse intelliguntur, *l.* 7. *in quib. caus. pign. tac. l.* 3. *C. eodem.* Deinde ea, & sola, de quibus nominatim convenit, ut pignori essent, §. *adipiscendæ* 3. *in fin. inf. de interdict.* nam nec invecta, inducta, aut illata in prædium rusticum, aliter pignori sunt fundi domino, quàm si expressa conventio intercesserit, *l.* 4. & *d. l.* 7. *d. tit. l.* 5. *C. eod.* Quia in re distat conductio prædii urbani à conductione rustici: nam in urbanum prædium illata placet pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit, *l.* 4. *de pact.* & *d. l.* 4. *in quib. caus. pign. tac.* Cujus differentiæ ratio si quæratur, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta, *l. si Servus* 61. §. *locavi* 8. *de furt.* quod autem erat in more positum ut alias sæpe, in jus paulatim transiit, & pro dicto habitum est, sicubi dictum non esset. Scio, veteres interpretes aliter sentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium rusticum tacitè sive citra pactionem expressam pignus pro mercede constitui, si modo voluntate seu scientia domini illata sint, quod nec ipsum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ extat in *l.* 5. *C. de locat.* Sed merito hæc sententia à recentioribus rejecta est, nihilque eam juvat D. Alexandri constitutio, qua sola nititur. Nam voluntatis nomine in ea constitutione adsignificatur expressa conventio, quemadmodum etiam in *l. Pomponius* 5. §. *in quib. ca. pign. tac.* Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini illata sint, nisi, simul ut pignori essent, pactio aliqua inter eum, & colonum interposita fuerit? Sed & voluntate domini illata sic rectè accipi possunt, si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui autem hanc legem locationi dixit, vi ipsa & per consequentiam pactus esse intelligitur, ut quæ ex pactione importarentur, pignoris loco teneantur. Ita ferme Connan. 4. *comm.* 16. Fort. Garz. *ad d. l.* 5. Duar. Cujac. *ad l.* 4. *de pact.* Don. *de pign. c.* 4. Bach. 1. *de pign. c.* 11. D. Tuld. *in tit. C. in quib. ca. pign. tac. n.* 3. Christin. *vol.* 3. *dec.* 110. & *vol.* 4. *dec.* 155.

9

10 *Qua creditores pignora persequuntur*) Quasi Serviana seu hypothecaria datur de reliquis rebus pignori obligatis; & in quovis genere pignoris locum habet. Itaque competit non tantùm de pignore conventionali, sed etiam de legali: quale verbi causa habent pupilli & adolescentes in bonis tutorum & curatorum, *l.*

l. pro officio. 20. *C. de adm. tut.* fiscus in bonis debitorum fisci, *l.* 1. *l.* 2. *C. in quib. ca. pign. tac.* uxor in rebus mariti in causa dotis, *l. un.* §. 1. *C. de rei ux. act.* legatarii in rebus hæreditariis, *l.* 1. *C. comm. de legat.* item de pignore prætorio judiciali, *l.* 2. *C. de præt. pign.* item eo, quod testamento constitutum est, *l. non est mirum.* 26. *de pign. act.* denique & de pignore tacito, *l.* 4. *l.* 7. *in quib. ca. pign. tac. l.* 4. *de pact.*

Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam) Inter pignus & hypothecam tantùm nominis sonus differt, ait Marcian. *l.* 5. §. 1. *de pign.* id est, diverso & discrepante sono idem significant. Addit hìc Imp. *Quantum ad actionem hypothecariam attinet*, quod etiam sensisse Marcianum arguit inscriptio *d. l.* 5. quæ est, ad formulam hypothecariam. Quorsum hæc restrictio pertineat, mox indicatur.

Inter creditorem & debitorem convenit) Additum hoc exempli causa: multa enim sunt genera pignorum, quæ constituuntur sine conventione, ut jam intelleximus. In conventionali pignore hoc jure in toto Belgio utimur, ut nullum prædium speciali hypotheca affici queat, nisi coram magistratu & judice, sub cujus jurisdictione situm, pignus constituatur scriptura in fidem rei gestæ confecta, juxta placitum Caroli quinti ann. 1529. Jo. Deckher. *lib.* 1. *diss.* 10. *n.* 34. add. *art.* 45. *Ordin. Polit.* aut si feudale sit prædium, coram Paribus Curiæ, Neostad. *de feud. c. ult. n.* 26. Grot. *lib.* 2. *introd. c.* 42. Planè ad constituendam generalem hypothecam sufficit, coram quovis hujus regionis judice bona sua apud acta publica obligasse, *d. art.* 35. Grot. *d. lib.* 2. *cap.* 48.

Utraque hac appellatione continetur) Sensus est, quæcumque res sit, sive mobilis sive immobilis, sive tradita sive non tradita, quæ pro debito obligata est, ea utroque hoc nomine, pignoris videlicet & hypothecæ, promiscuè in actione hypothecaria designari solet. Quippe quæ actio, & si quod commodum ei adhæret, creditori competit, tam pro pignore propriè dicto, cujus scilicet amissa sit possessio, quàm pro hypotheca: ita ut effectu juris non differant. Et hoc dictum est ab Ulpiano, pignus contrahi non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi traditum non est, *l.* 1. *de pign. act.* Sanè quod novissimo jure constitutum est, ut debitor prius conveniatur, & facultates ejus excutiantur, & sic demum, si repertum sit, debitorem non esse solvendo, ad pignoris possessionem perveniatur, *Nov.* 4. *cap.* 2. id plerique putant tantùm locum habere in hypotheca, non in pignore propriè dicto, cujus scilicet possessio ab initio ex conventione penes creditorem fuit, & postea forte amissa: sed hoc casu adhuc statim & recta possessionem pignoris avocari posse; quæ sententia non caret ratione. Neguf. *de pign. part.* 8. *memb.* 1. *n.* 18.

Pignoris appellatione eam propriè rem, &c.) Si significationem & proprietatem verborum spectamus, aut potius usum juris, inter pignus & hypothecam hoc interest, quod pignus propriè dicitur, cùm simul res traditur creditori, Græcis ἐνέχυρον, & præsertim si sit mobilis; hypotheca autem cùm res sine traditione nuda conventione obligationi subjicitur. In pignore id nostri sumpserunt à notatione & origine verbi, utpote quod dictum sit à pugno, ut sit res, quæ traditur manu, ac velut pugno, *l. plebs.* 238. §. 1. *de verb. sign.* Unde maximè id dicitur de re mobili, in quam solam cadit ut manu capiatur: sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum possessio itidem creditori tradita sit. Hypotheca autem verbum Græcum est, quod posterior ætas usu Latinum fecit, dictum παρὰ τὸ ὑποτίθεσθαι quod est *supponere*, id est, *pignori opponere*, *fiduciare*; ut appareat, verbum generale esse, eoque significari utramque speciem rerum pignori oppositarum, tam quæ traditæ sunt, quàm quæ non sunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modo generis, modo speciei ei generi subjectæ significationem habeant, id etiam fit in verbo hypothecæ, quod cùm per se generale sit, tamen plerumque ad certam speciem contrahitur, ea appellatione intelligatur species pignori contraria, id est, res quæ sine traditione nuda conventione tenetur, & maximè immobilis: idque intelligi necesse est, quoties hypotheca à pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l. si rem.* 9. §. *propriè.* 2. *de pign. act.* Veteres Consulti verbo *hypotheca* usi non videntur, sed Latino *fiducia*. Cujus rei argumentum est, quod in iis, quæ manum Triboniani elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materie pignoris agitur, nusquam nomen hypothecæ occurrat, sed fiduciæ dumtaxat, ut videre est apud Paulum in libris receptarum sententiarum, *lib.* 1. *tit.* 9. *lib.* 2. *tit.* 5. *lib.* 3. *tit.* 6. *de legat. lib.* 5. *tit.* 26. *in fin.* sicut nec actionis hypothecariæ ullibi in eis mentio extat, sed fiduciariæ, judici & actiones fiduciæ tantùm; ut apud eundem Paul. *d. lib.* 2. *tit.* 13. Modestinus apud Licinum Ruffinum *in collat. leg. Mosaic. & Rom.*

Rom. tit. depos. Sed in cæteris quoque partibus juris ista regula (de culpa præstanda) *custoditur* : *sic enim & in fiduciæ judicio* , *& in actione rei uxoriæ & dolus & culpa deducitur*, *&c.* Papinianus apud eumdem *tit. de atroc. injur. Per hominem liberum noxæ deditum si tantum acquisitum sit* , *quantum damnum dedit, manumittere cogendus est à prætore* , *qui noxæ deditum accepit*, *sed fiduciæ judicio non tenetur.* Fuit verò & hoc ipsum fiduciæ verbum generale, eoque tam pignus, id est, ἐνέχυρον, quam ὑποθήκη significabatur. Cic. *in Topic. cap.* 10. *Si tutor fidem præstare debet*, *si socius*, *si cui mandaris* , *si qui fiduciam accepit*, *debet & procurator.* Paul. *d. tit.* 13. *Debitor distractis fiduciis à creditore de superfluo adversus eum habet actionem.* Sed usus item speciale fecerat, contraxeratque ad obligationem immobilium. Paul. *d. lib.* 2. *tit. de modo, id est, spatio* ; *Hæredibus debitoris adversus creditorem*, *qui pignora vel fiducias distraxit* , *nulla actio datur*, *&c.* Idem alibi : *Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciæ dederit* , *&c.* id est , pignori vel hypothecæ. Hæc & Clariss. Salmas. *lib. de mod. usur. c.* 14. VINN. Cave existimes fiduciam fuisse hypothecam , quamvis in pignoribus & hypothecis constituendis usus ejus esset frequentior. Erat nimirum fiducia singulare genus contractus, quo tunc utebantur quoties ea lege quid mancipabant alienabantve , ut quandocumque placeret alienanti , res restitueretur. Id quod sibi cavebant, hac formula : *Uti inter bonos bene agier oportet* , *ne propter te tuamque fidem frauder.* Cic. *de offic. III.* 17. *& ad Fam. Epist. VII.* 12. Hinc creditores non contenti pignus se habere , illud sibi mancipari jubebant, addito tamen contractu fiduciæ , ut reddita pecunia , pignus restituatur. Isid. Hisp. *Orig. V.* 25. Ger. Noodt. *Obs. II.* 8. Inde fiducia aliquando pro pignore locis hic citatis, & apud Cic. *pro Flacc. cap.* 8. *fiduciatus servus*, pro oppignorato apud Pauli. *Rec. Sent. II.* 13. 2. *fiduciare pignoribus alterum* apud Tertull. *de Idololatr.* Eodem fiduciæ contractu aliquando usus esse in locatione conductione ex Plauti *Bacch. Act. IV. Scen. IV. v.* 109. colligunt. Nec minus idem factum videtur in contractu depositi : saltim *fiduciam* pro deposito dici à Cicerone *pro A. Cæcin. cap.* 3. & *pro Q. Rosc. Comœd. cap.* 6. non abs re conjecit Taubmann. ad Plaut. *p. m.* 489. Denique fiduciæ usus in emancipatione liberorum satis notus est. Vid. *Antiq. nost. Rom. lib.* 1. *tit.* 12. §. 9. HEIN.

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis personalibus.

8. *In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor* , *veluti de pecunia constituta* : *cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione* (*cùm & si quid plenius habebat* , *hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est*) *& ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate à nostris legibus recedere. Item prætor proposuit actionem de peculio servorum* , *filiorumque familiarum*; *& eam, per quam quæritur, an actor juraverit* ; *& alias complures.*

NOTÆ.

8. *Receptitia*) Hæc actio civilis erat verbis solemnibus composita, & tantùm in argentarios dabatur, cæterum de re quacumque etiam ante non debita : actio autem constitutoria , quæ honoraria est, dabatur contra omnes quidem, qui constituissent; sed tantùm de rebus, quæ pondere , numero , mensura constant ; & non nisi debito constituto, *l.* 2. *C. de const. pec.* add. Salmas. *de mod. usur. cap.* 16.

In actionem pecuniæ constitutæ) Actionis receptitiæ vis omnis à Justiniano transfusa est in constitutoriam, excepto eo, quod non constituitur nisi debitum, etsi recipiebatur & non debitum , *d. l.* 2.

COMMENTARIUS.

1 *Recipere quid ? actio receptitia.*
2 *Actionis receptitiæ & constitutoriæ discrimina* : *& præcipua causa.*

HActenus actiones prætoriæ in rem; subjiciuntur deinceps , ut erat propositum , ejusdem originis actiones in personam. Actionum prætoriarum in personam , quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiscuntur, quædam ex maleficio, aut quasi ex maleficio : ac utriusque generis multæ & variæ sunt species causis efficientibus proximis distinctæ ; neque enim hoc omnes , sed paucæ tantùm proponuntur , exempli videlicet gratia : ac primum velut ex contractu hæ tres , de constituta pecunia , de peculio , ex jurejurando.

1 *Cui similis videbatur receptitia*) Actioni de pecunia constituta similis fuit vetus actio receptitia , sic dicta à verbo *recipere*, quod inter alia significat in se aliquid suscipere & polliceri : nam passim apud Classicos auctores invenies , *recipere in se*, *ad se*, & simpliciter *recipere*, dictum pro aliquid facturum promitte-

re: & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuisse, quàm *promittere*. Cicero Lucinio Crasso, *Fam. lib. 5. epist. 8. Velim existimes, me ea, quæ tibi promitto, ac recipio, sanctissimè esse observaturum*. Hæc autem receptitia actio tantùm ad trapezitas, sive mensarios aut argentarios pertinebat, apud quos, ut tum moris erat, pecuniæ & res civium Romanorum deponebantur. Itaque si mensarius citra stipulationem recepisset, se certo die soluturum, quod hic vel ille apud se deposuisset, hoc conventionis genus receptum dicebatur, & actio, quæ ex ea re competebat, receptitia sive pecuniæ receptæ.

2 *Nostra constitutione*) Extat *in l. 2. C. de const. pec.* Quantum autem ex hac constitutione Justiniani intelligere licet, hæc inter actionem receptitiam & constitutoriam discrimina fuerunt: illa civilis erat verbis solemnibus composita, hæc prætoria: illa tantùm contra argentarios dabatur, hæc contra omnes, qui constituissent: in illam etiam veniebat, quod non erat debitum, in hanc non nisi debitum: illa in quibuscumque rebus, hæc in iis tantùm, quæ pondere, numero, & mensura constant, locum habebat, in quibus & consistebat mutuum. Cujus differentiæ hanc fuisse causam putat eruditissimus Salmasius *lib. de mod. usur. cap. 16.* quod olim mensarii auctionibus præerant, pretia rerum venditarum colligebant, ac redigebant: apud eos cujusque generis res deponebantur, quia publicæ fidei erant quasi sequestres. Idcirco & promittebant, se soluturos aut reddituros pro aliis res quascumque mobiles vel immobiles. Cæterùm Justinianus sublata receptitia, unam esse voluit actionem adversus omnes constituentes, & de omnibus rebus constitutis, eam, quæ de pecunia constituta appellatur, quod & ad agendum esset commodior, & verbum *pecuniæ* omnibus conveniret, *l. pecuniæ 178. de verb. sign.*

Si quid plenius) Hoc tamen excepto, quod non constituitur, nisi debitum, etsi olim in receptitiam veniebat & quod non fuerat debitum, *d. l. 2. C. de const. pecun.*

Et alias complures) Cujusmodi sunt quod jussit exercitoria, institutoria, tributoria, de in rem verso: quæ etiam explicantur *tit. proximo.*

Textus.

9. *De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque vel pro se, vel pro alio soluturos se constituerint; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioqui si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.*

Commentarius.

1 *Actionis de pecunia constituta introducta causa.*
2 *Singulare in hac actione.*
3 *Quibus ex causis hac actione teneantur?*
4 *Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo.*

1 Actio de pecunia constituta edicto prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pacto constituerit se futurum, quod ante debitum fuit, *l. 1. §. 1. de const. pec. l. 2. C. eod.* Ex hac causa jure civili actio non competit: quippe quo jure ex nuda conventione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interposita, actio non datur. Prætor autem constituta ex consensu facta custodienda putavit, motus naturali æquitate: quoniam ut Ulpianus ait *d. l. 1. in pr. grave est fidem fallere.* Grave scilicet in hac specie maximè, ubi quod jam ex aliqua præcedenti causa debetur, nova conventione stabilitur ac confirmatur: nam nisi debitum sit, quod constituitur, prætor actionem non dat. Illud in hac actione, ut singulare observandum est, quod ea edicto proponitur non statim, sed sub conditione, si appareat, eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominus fieret, quod constitutum est, *l. si duo. 16. §. 3. & seqq. l. sed & si 27. & l. seq. de pec. constit.* Ex quo simul intelligimus non amitti actionem actori, si moram fecerit in accipiendo: quod ratio juris civilis non patitur; sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituti die, quominus oblatum acciperet. Nimirum prætori novam actionem præter regulam juris inducenti visum est, eam sic proponere, ut quàm mitissimè cum reo ageretur, & quæcumque culpa posset actori in accipiendo objici, ne actio daretur.

3 *Pro se vel pro alio*) Is solis actione constitutæ pecuniæ tenetur, qui quod ante debitum fuit, constituit, *l. 1. §. 1.* & passim deinceps, *l. 5. §. 2. l. item illa. 18. §. 1. h. t. de pec. const.* A quo autem debitum sit, utrum ab eo, qui constituit, an ab alio, nihil interest, *d. l. 5. §. 2. l. 1. C. eod.* Sed nec illud refert, qua ex causa, quove jure debitum sit, dum aut utiliter peti possit, aut naturaliter debeatur, *l. 1. §. debitum 6. & deinceps, l. 3. §. 1. eod.* Hoc amplius, etsi quis constituit alii, quàm creditori, modo pecunia debita sit, valebit constitutum: nihil enim prætor adjecit, *d. l. 5. §. 2.* Postremo & aliud, quàm quod debetur, constitui potest, & quod debetur, constitui citeriore die, aut alio loco, quàm quo dati opor-

oportet, *d. l. 1. §. an potest. 5. l. 4. l. 5. in pr. eod.* Id quod sub conditione debetur, sive purè sive in diem constituatur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione valeat, deficiente utrumque pereat. Sed is, qui purè debet, si sub conditione constituat, in hunc esse utilem, id est, efficacem actionem, Pomponius censuit, *l. id quod. 19. p. & §. 1. eod.*

Nulla stipulatione interposita) Actioni constitutoriæ tunc locus est, cùm quis nudo pacto se soluturum constituit. Nam si stipulatio intervenerit, actio honoraria non desideratur, cùm sit civilis ex stipulatu. Illud sciendum est, constitutum priorem obligationem non innovare, sed ei accedere, eumque etiam, pro quo alius constituit, adhuc obligatum manere, *l. ubi quis. 28. eod.* Quæ species constituti multa habet cum fidejussione communia. Veluti quod liberato priore seu principali debitore, liberetur & pecuniæ constitutæ reus, *l. in omnibus 43. de solut.* quod ei beneficium ordinis & excussionis non minus quàm fidejussori tributum est, *Nov. 4. c. 1.* & si plures sint pecuniæ pro alio constitutæ rei, quod his etiam competit beneficium divisionis, *l. ult. C. h. t.* Cæterum & in multis discrepant: nam constitutum nudo pacto perficitur, fidejussio stipulationem requirit: constitui potest etiam aliud, quàm quod debetur, & alii, quàm creditori, & quod ulteriore die debetur, constitui citeriore. Quorum nihil admittit fidejussio, ut docuimus *sup. de fidejuss. sub §. fidejussores. 5.* quo loco etiam monuimus, hodiernis moribus constitutum à fidejussione vix discerni posse, sublata videlicet pacti & stipulationis differentia. Olim quoque apud Græcos, qui stipulationum firmamenta pactionibus suis non adhibebant, nullum hac in parte discrimen fuit inter ἀντιφωνεῖν & ἐγγυᾶν communem.

Textus.

De peculio.

10. *Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum) condemnari eos.*

Notæ.

10. *Ipso jure non teneantur*) Filiusfam. patrem civiliter non obligat; nec servus dominum. *l. 8. de resc. vend. l. 8. §. ult. de accept.*

Veluti patrimonium) *L. 32. in fin. pr. de pec.* Peculium autem filiifam. hic profectitium tantùm accipimus, *l. 18. in fin. de castr. pec. l. 6. & l. ult. C. de bon. quæ lib.*

Commentarius.

1 *Causa introducendæ actionis de peculio.*
2 *Hanc actionem non in rem, sed in personam esse.*
3 *An actio de peculio, quæ adversus patrem datur, specie differat ab ea, qua tenetur filius?*
4 *Cujus peculii nomine pater ex contractu filii rectè conveniatur?*
5 *Actione de peculio non consumi obligationem, quæ cum filio aut servo contracta.*
6 *Ex delictis actionem de peculio non dari.*
7 *Causæ, ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant.*

Etiam actiones, quæ de peculio ex contractu filiifam. aut servi adversus patrem aut dominum dantur, sunt actiones in personam prætoriæ. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, *l. 1. C. ne ux. pro marit. l. 1. C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui in al. pot.* Sed prætori æquum visum est, ex contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hactenus obligari, quatenus causa contrahendi, id est, peculium filio aut servo concessum pareretur: ne scilicet qui bona fide cum servis & filiis contraherent, quos peculium habere scirent, circumveuirentur. Nam pater & dominus hoc ipso quod peculium filiis & servis concedunt, de eo se tacitè obligare videntur, & simul servo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, *arg. l. 1. §. item. 5. de acquir. poss. l. 1. si à pat. quis man.* ut proinde qui cum servo aut filio contrahit etiam domini & patris personam spectare, & eorum quoque fidem quodammodo sequi videatur. Porro ut hic locus ostendit, actio de peculio non est actio in rem, sed in personam. Quippe quæ non nascitur ex ullo jure, quod quis in re habet, sed ex obligatione, ut passim legitimus dominum & patrem de peculio obligari. Obligantur autem non ex sua persona, sed ex persona servorum & filiorum, propter eam causam, quam modo allegavimus. Planè in hoc actio de peculio naturam actionum in rem imitatur, quod peculium ea sequitur, veluti si servus cùm peculio alienatus sit, *l. & ancillarum. 27. §. 2. de pecul.* actionis enim in personam natura hæc est, ut semper adversus eundem locum habeat, *l. actionum. 25. de obl. & act.* Cæterum hoc ideo placuit, quia prætor pro-

propter peculium dominum teneri voluit, & tantùm peculio tenus.

Actiones) Utitur numero multitudinis, quia tot sunt actiones de peculio, quot sunt rationes contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depositi, &c. de peculio. Quæsitum autem est, an actio, quæ de peculio adversus patrem datur, sit diversa ab ea, quæ contra filium competit, ut quemadmodum duo hic sunt debitores, *l. si quis* 44. *de pecul.* ita & duæ sint distinctæ actiones; an verò una sit eademque actio. Et certum est, numero quidem hasce actiones differre, at non videntur differre specie; sed actio de peculio cum altera illa esse eadem specie actio, novam saltem qualitatem habens. Etenim actio de peculio non est propria aliqua actio, sed alterius actionis, puta mandati, depositi, ex empto, adjecto; prorsus ut actio noxalis non est propria actio specie distincta ab ea, quæ directo ex delicto competit, sed tantùm actionis ex delicto adjectio, quamquam novam habet qualitatem vid. *inf. tit.* 8.

De peculio) Peculium servi simplex est unius generis, totum in domini, à quo profectum est, potestate: unde & sine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium verò filifam. multiplex & non unius naturæ. Genera ejus singula distinctè exposita sunt *sub. tit.* 9. *lib.* 2. Ex ea autem distinctione intelligere licet, patrem non de omni peculio rectè conveniri, sed de profectitio tantùm, quod solum totum in potestate habet. Et quidem de castrensi aut quasi castrensi ideo pater non cogitur actionem de peculio pati, quia in hoc genere peculii pater jus nullum habet, sed ipse filium locum ac jus patrisfam. in eo obtinet, *l. ex castrensi.* 18. *in fin. de castr. pecul. l.* 30. *C. eod. l.* 2. *de sen. Mac.* De peculio adventitio olim quidem similiter ut de profectitio in patrem actio competebat: sed postquam Justinianus adventitii peculii proprietatem filio concessit, & pater tantùm usufructuarius hujus peculii & legitimus administrator factus est, desiit ex contractu filii de hoc peculio conveniri posse, *l.* 6. *& l. ult. C. de bon. quæ lib.* multo minus igitur conveniri poterit eo casu, quo filius plenam peculii adventitii proprietatem habet. Costalius post Bartol. *in l.* 1. *de pecul.* Christin. *vol.* 3. *dec.* 35. *n.* 2.

Adversus patrem & dominum) Ita ut nihilominus salva maneat obligatio, quæ cum filio aut servo contracta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum sit, adhuc civilis actio contra filium supersit, *l. si quis.* 44. *de pecul.* si cum domino, servus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu, ut & fidejussor ejus obligationis accipi possit, & pecunia à manumisso soluta non repetatur, *l. eo tempore.* 50. §. 2. *eod. l.* 14. *de obl. & act.* Itaque quod dicitur, in *dict. l. si quis.* 44. eum qui cum filiofam. contrahit, duos habere debitores, filium in solidum, & patrem de peculio, idem de eo quoque, qui cum servo contraxit, dici potest, nimirum etiam hunc duos habere debitores, dominum de peculio, servum in solidum: sed hoc interest, quod cum filio etiam agi potest, cum servo non potest; qua de causa Jurisconsultus in *d. l. si quis.* 44. filiifam. tantùm meminit. Illud per se planum est, pro eo quod actor à patre aut domino actione de peculio consecutus est, minui filii & servi obligationem; ut & illud, si filius conventus pecunia alicunde quæsita solverit, etiam patrem liberari.

Ex contractu) Additum hoc consulto ad removenda maleficia & quasi maleficia: nam ex delictis caussisque pœnalibus actio de peculio non datur, *l.* 1. §. *si filiusfam.* 7. *de his qui deject. l. ex pœnalibus* 58. *de reg. jur.* Cui non obstat, quod filio ex pœnali causa convento, & in certam summam condemnato, pater tenetur actione judicati de peculio. Nam hìc pater non convenitur ex delicto filii, sed velut ex contractu. Quippe etiam judicio cum filio contrahitur, sicut stipulatione, *l.* 3. §. *idem scribit.* 11. *de pecul.* Sed nec ulla alia actione ex delicto filii pater conveniri potest; dominus autem ex delicto servi alia tenetur, nempe actio noxali, *inf. tit.* 8. Cæterum verbo contractus & quasi contractum hic intelligere debemus, puta tutelam, negotia à filiofam. aut servo gesta, quorum nomine etiam de peculio adversus patrem & dominum actio est, *l. ex facto.* 52. *de pecul. l.* 14. *de neg. gest. l. ex contractibus.* 49. *de obl. & act. l.* 1. *C. quod cum eo.* Neque hoc novum est, quasi contractus absolutè contractus vocetur, *l. sed etsi.* 16. *de neg. gest. l. ult. in quib. ca. pign. tac. d. l. ex contractibus.* 49. *de obl. & act.* Illud obiter notandum, esse quosdam contractus & causas, ex quibus servus & filiusf. dominum aut patrem de peculio non obligant. Dominum placet non teneri ex his quatuor; si servus fidejusserit; si liberum se mentitus judicium susceperit; si compromiserit; si jusjurandum detulerit, *l.* 3. §. *si filiusf.* 5. *&* §. *si servus.* 8. *cum seq. l.* 5. §. 2. *de pecul.* Pater autem ex una tantùm causa non tenetur, nempe si filius mutuam pecuniam acceperit; idque propter Senatusconsultum Macedonianum, quod vetuit,

tuit, ex hac causa actionem aut in filium aut in patrem dari. De quo pluscula suo loco in *fin. tit. seq.*

Ipso jure) Ipso jure idem hic valet, quod jure civili, uti & in *§. 1. infr. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. usufr. quemad. cav. l. 1. §. ult. de superfic.* Hæc igitur hujus loci sententia est, ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & servorum adversus patrem & dominum comparatam à prætore, quia hi non teneantur eo nomine jure civili, & tamen æquum sit teneri eos peculio tenus. Potest & locus sic explicari, ut ipso jure dictum intelligamus pro mera & stricta juris ratione.

Quod veluti patrimonium) Hæc ratio non concludit, nisi factum patris & domini simul respicias qui peculium, ejusque ceu patrimonii cujusdam administrationem filiis & servis concesserunt.

Condemnari eos) Deducto tamen, quod iis naturaliter debetur, *l. pen. C. quod cum eo, l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. de pecul.* ubi Ulpianus ait, peculium deducto eo, quod domino debetur, computandum esse, quia prævenisse dominus, & cum servo egisse videatur. Item si quid his debetur, qui sunt in ejus potestate. Actionis de peculio apud nos nullus usus est.

TEXTUS.

De actione in factum ex jurejurando.

11. *Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, justissimè accomodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.*

COMMENTARIUS.

1 *Qualis sit actio, quæ ex jurejurando datur, novane aliqua, an vetus?*
2 *In personam eam esse, quacumque ex causa juratum sit.*
3 *De quo genere jurisjurandi hìc tractetur?*
4 *Quam ob causam hæc actio à prætore introducta, cui, adversus quem, quo effectu, detur?*

INter actiones, quæ à prætore proditæ in personam sunt, numeratur hoc loco & actio ex jurejurando. A prætore hanc actionem introductam esse, non constitutam jure civili, apparet ex eo, quod jure civili nulli actio datur, nisi ei, cui quid debetur: nec satis est, in judicio dicere, sibi quid deberi, nisi & is, qui dicit, probet. Non probat autem qui jurat; utique non propriè & verè. Cur autem prætor hic actionem constituerit, paulo post audiemus. In personam est, utpote proficiscens ex conventione, *l. qui jurasse 16. §. ult. de jurejur.* Proinde talis etiam tunc, cùm in actione in rem juratum est. Sed quoniam in universum parum liquet, qualis sit hæc actio, (nam & veterem hìc actionem dari legimus, *l. si duo. 13. §. 2. & seqq. eod. l. 7. §. si petenti 7. de public. in rem act.* & utilem interdum, *l. sed si. 11. §. ult. l. quod si. 29. de jurejur.* sæpe etiam & passim in factum) diligentius inquirendum est, quid de ea re habendum sit. Ego sic sentio, verbis has actiones distingui; cæterum re ipsa una tantùm esse, eamque ex solo jurejurando nasci, certè una hac causa & defensione niti, quia juratum est. Porro hanc eamdem modo in factum, modo ultilem à Consultis vocari, modo sub appellatione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cùm dedi aut feci quid, ut vicissim dares aut faceres: juravi enim, te deferente, ea lege, ut dares aut faceres, quod peto, *d. l. 11. §. 1. l. 8. C. eod.* junct. *l. 1. 2. de præscr. verb.* Dicitur utilis, propterea quod cùm conventio hìc aperta non sit, non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis seu in factum civilis; sed datur in factum prætoria, id est, utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, sed verbo magis, quàm re: nimirum ob veterem causam, quam initio obtendere ad existimationem actoris nonnihil pertinet. Cæterum revera novæ causæ intentione nititur, quæ non aliunde nascitur, quàm ex jurejurando: quapropter etiam in hoc solùm consistit; cujus proprium est, ut non aliud quæratur, quàm an juratum sit, omissa quæstione, an ex priore causa debeatur, *l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. de jurejur.* Et hoc est quod Paulus scribit, in *l. eum qui. 30. eod.* hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari. Planè juramentum præstitum non impedit, quominus adhuc vetus actio intentari possit, *d. l. eum qui. 30.* sed nemo, qui sapit necessitati probandi ultro se subjicit. Oldend. *class. 1. act. 9. in affin. rem.* Don. *c. 8. ad tit. de jurejur.* Proficiscitur hæc actio ex conventione, *l. sed & si. 25. & l. seq. in fin. eod.* cui consequens est, in personam eam esse, non in rem, etiam tunc cùm quis in actione in rem juravit, rem, quam petebat, suam esse. Nam cur hic quoque non sit actio in personam, cùm sit pariter ex jurejurando, id est, ex conventione, cujus generis actiones omnes in personam sunt, nulla in rem? Neque obstat, quod petitor, qui de-

deferente possessore juravit rem suam esse, ex hac parte edicti agens, intendit, rem suam esse, ut juravit, quæ intentio est actionis in rem. Nihilominus enim in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter jusjurandum: idcoque & hic actio in factum dari dicitur, quæ utique in personam, *l.* 11. §. 1. *eod.* Denique illud constat, non dari eam adversus quoscumque possessores, ut natura est actionum in rem, sed adversus eum dumtaxat, qui jusjurandum detulit, eosve, qui in locum ejus successerunt, *l.* 9. §. *ult.* & *l. seq. eod.* & ideo quamvis alii hic utilem iu rem dari censent, per *d. l.* 11. §. *ult.* effectu tamen juris nihil interesse fatentur, in personam, an in rem hic agi dicamus. Donellus existimat, tractari solùm hoc loco de jurejurando, quo res transigitur nulla interveniente sententia, & nimirum de jurejurando voluntario, quod judicio nondum cœpto seu ante litem contestatam ex conventione actori defertur. Nam ibi sententia intervenit, actionem ex jurejurando non dari, sed locum esse actioni judicati dumtaxat, videlicet cùm jusjurandum actori defertur post litem contestatam: sive à reo approbante judice, quod propriè vocatur judiciale; sive à judice in causa dubia & laborante inopia probationum, etiam reo invito, secundum *l. admonendi.* 31. *de jurejur. l.* 3. *C. eod.* quod jurisjurandi genus dicitur necessarium. His enim casibus judicem præstito jurejurando quasi re satis probata, secundum eum sententiam ferre, qui juravit, *l. jusjurandum.* 34. §. *ult. d. l. admonendi.* 31. *eod.* De jurejurando necessario assentior: quippe quod in eum finem, ut inde actio nascatur, non defertur: cæterum judiciale etiam huc pertinere arbitror, atque ex eo quoque actionem dari, licet sententia secuta sit; scilicet præter actionem judicati. Nam non est novum, ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Itaque non obstat *l.* 34. §. *ult. de jurejur.* & omnino ex judiciali etiam actionem dari, evincitur ex *l.* 8. *C. de reb. cred. l.* 3. & *pr.* §. 1. *l.* 9. §. *ult. l.* 30. §. 3. *de jurejur.* Atque in *d. l.* 24. §. 7. *eod.* petitori, cui relatum est jusjurandum, si jurare recuset, denegatur actio. Ubi de jurejurando judiciali agit, arguit relatio, cui involuntario non est locus, *l.* 17. *pr. eod.* Osvvald. Hilling. in Don. *lib.* 24. *C.* 18. E. Mudæus *ad hunc* §. *n.* 3.

Postulante adversario) Id est, conditione jurandi ab adversario delata. Nam si quis juret, nemine ei jusjurandum deferente, prætor id jusjurandum non tuetur, quasi sibi juraverit. Et alioqui facillimus quisque ad jusjurandum decurrens oneribus probationum se liberaret, *l.* 3. *de jurejur.*

Juraverit) At cùm jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum. Nam remissi eadem vis, quæ præstiti, *l.* 5. §. *ult. l.* 9. §. 1. *eod. l.* 2. *l.* 8. *C. eodem.* Remittit autem, qui deferente se cùm paratus esset adversarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi, *l.* 6. *eod.*

Justissimè accomodat ei talem actionem) Justissimum ideo, quia ad religionem jurisjurandi accedit deferentis conventio & consensus, qui dum jusjurandum actori defert, hoc dicere videtur, si actor juraverit, paratum se stare jurijurando, id est, præstare quod petitur. Hinc illa, jusjurandum servari propter religionem & conventionem, *l. sed & si.* 25. & *l. seq.* §. *ult. eod.* item speciem transactionis continere, *l.* 2. *eod.* id est, jurejurando negotium quasi transigendo inter litigatores decidi, *l. admonendi* 21. *eod. l. quod si.* 21. *de dol.* Accedit ad conventionem & utilitas publica quo scilicet major sit facultas litium expediendarum, *l.* 1. *eod.* Constituta est igitur actio ei, qui juravit, quid sibi deberi, aut suum esse, adversus eum, qui jusjurandum detulit: & constituta optimo jure. Sicut autem actori juranti actio ex jurejurando jure prætorio competit, ita ex contrario, si actore deferente juraverit reus se nihil debere, datur reo jurisjurandi exceptio: de qua *inf. sub tit. de except.* §. 4.

Sed an juraverit) Διὰ τὸ σέβας τῶν ὅρκων. Dato igitur jurejurando vel remissio, non aliud quæritur, quàm an juratum sit, an parato jurare jusjurandum remissum, insuper habita quæstione, an debeatur, quasi satis id probatum sit jurejurando, *d. l.* 5. §. 2. *l.* 9. §. 1. *eod. l. post. rem.* 56. *de re judic. l. si quis* 11. *in fin. C. de jusjur.* ubi ejus rei hæc ratio redditur, ne repetita lite finis negotii alterius causæ fiat exordium. Et omnino qui adversarium jurare patitur, iis omnibus allegationibus renuntiasse intelligitur, quæ ante jusjurandum præstitum objici, jurisque jurandi præstationem impedire aut remorari potuissent. Utique tamen salvæ manent exceptiones omnes, quæ etiam in causa judicati objici potuissent, *leg. eum qui.* 30. §. *ultim. eodem.* Ant. Fab. *C. suo eodem. titul. defin.* 11. An jusjurandum prætextu aliquo, sive inventionis novorum instrumentorum, sive perjurii, retractari queat, & num pœna aliqua pejeranti legibus civilibus constituta sit, disputare non est hujus loci. Consulantur DD. in *l.* 1. *l.* 2. & *l. ult. C. de reb. cred.* & *jurejur.*

TEX-

TEXTUS.

De actionibus pœnalibus.

12. Pœnales quoque actiones prætor pœnæ multas ex sua jurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset: & in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cùm id non impetrasset: item adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.

NOTÆ.

12. *Qui quid ex albo*) In eum, qui album prætoris jurisdictionis perpetuæ causa propositum corrupit, judicium populare 50. aureorum datur. In Pand. Flor. legitur 500. *aureorum*, *l. 7. de jurisd.* Prætorum edicta in tabulis dealbatis conscripta proponebantur, ut unicuique legendi potestas esset.

Cùm id non impetrasset) L. 4. §. 1. & deinceps. l. 1. cum 3. seqq. de in jus voc. inque eum quinquaginta quoque aureorum judicium datur, *l. pen. & ult. eod.*

Qui vi exemerit) Adversus hunc datur actio in id, quanti ea res erit ab actore æstimata, *l. 1. l. pen. & paf. ne quis eum, qui in jus voc. &c.*

COMMENTARIUS.

1. *Quale judicium edicto constitutum in eum, qui album corrupit? & qui hoc loco sit album?*
2. *Quid edictum perpetuum, quid temporale? & cur illud corrumpens actione populari teneatur, non item qui hoc: & utrumque pœna fisco applicetur, an litem occupanti?*
3. *Qui in totum, & qui sine venia in jus vocari edicto prohibeantur: qui sine venia vocavit, qua actione teneatur?*
4. *Quæ causa prætorem moverit, ut patronum & parentem nisi venia impetrata vocari noluerit? problematicè.*
5. *Mores hodierni circa utramque partem edicti, & circa alteram interpretum extensio.*
6. *Quale judicium constitutum in eum, qui in jus vocatum vi exemerit? Hodie vix huic locum esse.*
7. *Recensentur pleræque aliæ actiones prætoriæ pœnales.*

HAbuimus exempla quædam prætoriarum in personam actionum, quæ velut ex contractu ac negotio gesto proficiscuntur, reique persecutionem continent. Sequuntur nunc exempla aliquot eorum, quæ quidem & ipse prætoriæ sunt & personales, sed ex delicto veniunt, & pœnæ persecutionem habent: ut actio de albo corrupto, de patrono aut parente sine venia in jus vocato, de in jus vocato vi exempto.

Pene multas) Pro *pene* videtur legendum *bene*, id est, valde: nam *bene* particula veteribus sæpe est αὐξητικὴ, ut bene doctus, bene magnus, bene longus. Cicero *lib. 2. de Orat. cap. 88. Habetis sermonem bene longum.* Idem *in Rull. cap. 22. Adolescens non minus bene nummatus, quàm capillatus.* Oppius *de bell. Hisp. cap. 12. Cùm bene magnam multitudinem telorum injecissent.* Et mox, *cap. 13. Cùm bene magnam partem muri consumpsissent.*

Qui quid ex albo) Exemplum primum actionum pœnalium ex jurisdictione prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum, qui album prætoris corrupit, judicium populare quinquaginta aureorum datur, *l. 7. in pr. de jurisd.* Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ editiones habent *quingentorum aureorum*. Quod D. Cujacio, *lib. 10. obs. 10.* & quibusdam aliis magis probatur, propter gravitatem delicti. Quamquam vix est, ut tantæ pecuniæ pœna conveniat judiciis popularibus. Hodie pro arbitrio judicis multari solet. Buf. *ad d. l. 7.* Album hoc loco significat tabulam gypsatam, in qua edictum præscriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi potestas esset. Cùm autem duplex edictum sit, unum perpetuum, quod per universum prætoris imperium permanet, & in omnibus obtinet causis; alterum temporale & paucorum dierum, quod ad causas singulas & oborta negotia accomodatur, quale est citatorium & peremptorium, *l. ad peremptorium. 68. cum ll. seqq. de judic.* sciendum est, pœnale hoc judicium constitutum adversus eos tantùm, qui quod jurisdictionis perpetuæ causa propositum est, corruperunt; non in eos, qui quid corrumpunt ex edicto temporali, quod prout res incidit proponitur, *d. l. 7. de jurisdict.* Illi auctoritatem magistratus violant, & ideo ipsam quodammodo rempub. civesque universos lædere videntur: unde quoque est, quod hoc casu populare judicium prætor proposuit, id est, unicuique ex populo eo nomine actionem concessit, *d. l. 7.* Hi tantùm privatos offendere intelliguntur, nimirum eos solos, quorum gratia edictum propositum erat: & proinde sufficit, hos ipsos injuriam sibi factam privata actione persequi posse. Dissent. Gomez *hic num. 5.* cujus sententia praxi horum temporum magis convenire videtur. Ait, *corrupisset*, scilicet dolo malo; nam quod quis per imperitiam, rusticitatem, aut casu fecit, ad hoc edictum non pertinet, *d. l. 7. in pr. &* §. de-

§. *doli.* 4. Tenetur verò hoc edicto non tantùm qui corrupit, sed etiam qui sustulit, aut corrumpi tollive mandavit, *d.l.*7.§.*ult.* Quæritur autem, cùm actio ex hoc edicto popularis fit, utrum pœna fisco aplicanda an privato litem occupanti. Sed verius est, litem occupantis lucro eam cedere; per *l.*12. *de verb. sign.* & ita post DD. comment. Gomez. *hic,n.* 29. Schneid. *num.* 28.

Qui patronum vel parentem in jus vocasset) Alterum exemplum actiones prætoriæ pœnalis de patrono aut parente fine venia in jus vocato. Quædam personæ sunt, quæ in totum in jus vocari prohibentur; quædam quæ vocari prohibentur fine venia prætoris. In totum vocari prohibentur magistratus, qui imperium habent: item omnes, qui necessaria aliqua occupatione, sive privata, sive publica, aut religiosa destinentur, *l.* 2. *cum* 2. *ll. seqq. de in jus voc.* sed hæc prohibitio temporalis est, finitoque magistratu aut negotio expirat. Sine permissu suo prætor vocari prohibet parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni, patronæ: atque in eum, qui adversus hanc partem edicti fecerit, pœnale judicium quinquaginta aureorum parenti, patrono, &c. constituit, *l.*4. *cum aliquot. seqq. l. pen. & ult. d. tit. l.* 1. 2. 3. *C. eod.* Causam huic edicto dedisse existimant veterem judiciorum Romanorum morem; sic enim jus fuisse olim, ut qui in jus vocabantur, inviti cogerentur ire, alioqui vi adhibita & injecta manu reluctantes in jus trahere liceret; quod filio in patrem, liberto in patronum fine veniæ petitione permittendum non fuerit, ita fere Duar. 1. *disput.* 1. Ravard. *cap.* 5. *ad l.* 12. *tabb.*Cujac. 10.*obs.* 10.Hotom. Don.Vult. *ad hunc* §. qui omnes pro certo tradunt, jure Romano veteri vocationem in jus fieri solitam fuisse non tantùm fine ullo apparitore præceptove judicis, sed passim etiam licuisse adversario vocatum, ni confestim iret, vocantemque sequeretur, aut satis vel cautum daret, se certo die affuturum, testibus adhibitis ducere, trahere, obtortoque, ut loquuntur, collo in jus rapere. Sunt tamen, quamvis pauci, qui adduci non possunt, ut credant, violentam illam ductionem simpliciter & in quosvis permissam fuisse. Quid enim, ajunt, tam alienum à disceptationibus civilibus quàm judiciorum omnium exordium fieri ab impressione & violentia? Nec verò illa, quæ sunt apud Comicos, *In jus ambula*; item *In jus eamus*, & apud Plinium *in Paneg. c.* 36. *In jus veni. Sequere ad tribunal*; manus arguere injectionem. Illa quidem arguere, quæ legimus *in Eunucho* 4. 6. 31. *In jus ducito.* In *Aulularia* 4. 10. 30. *Ad prætorem te rapiam.* In *Rudent.* 3. 6. 15. *Rapior obtorto collo.* Item apud Horatium 1. *Satyr.* 9. *v.* 77. *Rapit in jus.* Sed Horatium apertè loqui de vadimonii desertore: Comicos autem fere agere de lenonibus; quod genus hominum contemptum & vilissimum habebatur. In hujus tantùm generis homines, aut ejusdem vilitatis, in desertores vadimonii, aut latitantes, si in publico occurrissent, violentiam istam impune exerceri potuisse. Non obstare huic sententiæ edictum. *Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.* Nam & eum, qui sequitur, aut sequi paratus est, vi eximi posse, ne eat. Nec verbum *ducere*, quo utitur Jurisconsultus in *l.* 5. §. 1. *qui satisd. cog.* hoc enim de volentibus propriè dici; ut in illo Senecæ: *Fata volentem ducunt, nolentem trahunt.* Quod autem parentes & patroni fine permissu prætoris à liberis & libertis in jus vocari vetantur, id non hanc habere rationem, quod vetus in jus vocatio vim adjunctam habuit, vocatusque, si ire recusaret, manu injecta trahi potuit; quod filio & liberto fine venia permittendum non fuerit propter reverentiam parenti & patrono debitam: sed quia hoc ipso, quod filius patri, libertus patrono diem dicunt, propriaque auctoritate eos in jus ire jubent, contra reverentiam & pietatem faciunt. Et quis denique, ajunt, non indignetur, qui audiat, facinus tam indignum à prætore permitti, ut filius patrem, libertus patronum manu injecta in jus rapiat? aut quomodo filius aut libertus id citra impietatem petere possunt? His ergo rationibus moti existimant, edictum de in jus vocando pertinere non ad violentam aliquam raptionem, sed ad simplicem vocationem ad denuntiationem: raptionisque violentiam non in quosvis cives, sed tantùm in personas viles, & desertores vadimonii exercitam fuisse. Sententia est D. Joan. Vaudi *lib.* 2. *quæst.* 26. & Bachovii *ad tit. de in jus voc.* eamque juvare videntur textus in *l.* 11. *l.* 16. *l.* 18. *& seq. l.* 22. *d. tit. l.* 2. §. 1. *si quis in jus voc. non ier.* ubi Paulus scribit, eum, qui in jus vocatus non ierit, à competente judice multari: & si actoris nihil interest, adversarium suo tempore venisse, pœnam à prætore remitti. In his regionibus ea pars edicti, quæ est de magistratibus in jus non vocandis, non observatur: sed possunt magistratus, omnesque, qui publico aliquo munere funguntur æquè ac quivis privatus in jus vocari, *art. instruct. Cur. Holl.* 8. 12. *&* 18. Bus. Mornac. & Autumn. *ad l.* 2. *de in jus voc.* Zypæ. *not. jur. Belg. eod.*

eod. verſ. magiſtratus. Cæterum in cauſis, quæ ad officium eorum pertinent, ratio citandi nonnihil diverſa. De qua vide Merul. *lib.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 1. *tit.* 3. *cap.* 4. Altera verò pars de parentibus ſine venia non vocandis, etiamnum hodie obtinet, quamvis ex auctoritate & juſſu magiſtratus per apparitores viatoresve vocatio nunc peragatur. Dixi, juſſu magiſtratus: nam etſi apud nos inferioribus tribunalibus apparitores ſive nuntii nullo ſpeciali judicis mandato interveniente, nec libello ſupplice exhibito, (uti fit in Provinciali & ſuprema Curia,) ad ſolam petitionem actoris vocationem exequatur; id tamen faciunt quaſi ex tacito & generali magiſtratus mandato. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. noviſſ. cap.* 5. Merul. *d. ſect.* 1. *tit.* 6. *cap.* 12. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 154. Perez. *C. de in jus voc. n.* 3. Enim verò venia in prima inſtantia ſemel impetrata, eam repetere in ſecunda non eſt neceſſe, Interpretes hanc edicti partem etiam ad alias perſonas extendunt. 1. Ad parentes ſpirituales, quos vocant, id eſt, eos, qui agere volentem de ſacro fonte Baptiſmatis levaverunt. Alex. Caſtr. & alii in *l. generaliter.* 13. *de in jus voc.* Schneid. poſt Angel. Jaſ. *hic. num.* 42. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 90. *n.* 7. 2. Ad ſocerum, ſocrum, vitricum, novercam, qui jure noſtro parentum loco ſunt genero, nurui, privigno, privignæ. DD. comm. in *d. l. generaliter.* 13. Fulgoſus tamen, & poſt eum Alex. *d. loc.* de vitrico & noverca diſſentiunt; & D. Merula *diſect.* 1. *tit.* 4. *cap.* 12. tradit, more noſtri fori vitricum & novercam poſſe ſine venia in jus vocari. Videndum an non probanda ſit diſtinctio Jaſonis *hic. num.* 75. inter affinitatem durantem & diſſolutam, cum D. Diod. Tuldeno *comm. ad tit. de pœn. tem. litig. infra cap.* 5. 3. Ad præceptorem, quia & hic diſcipulo ſuo parentis loco ſit. Menoch. 2. *arb. jud. quæſt. ult.* Alciat. in *l.* 1. *C. de in jus voc. num.* 8. Verùm alii hoc improbant. Duar. *cap.* 4. *de in jus voc.* Jaſ. *hic. num.* 78. Alex. in *d. generaliter.* 13. Plerique tamen horum diſtinguunt inter citationem verbalem & realem, ut in illa veniæ impetratione non ſit opus, in hac contra. Sed hoc admiſſo, præceptorem verbaliter ſine venia citari poſſe, fatendum eſt, edictum, ſecundum verum ejus ſenſum, de quo ſupra, ad præceptorem non pertinere. Quaſi ſecundum mores hodiernos de reali citatione diſputemus, quæ in cauſis civilibus rariſsime locum habet, & non niſi ad commiſsionem judicis fieri poteſt, tanto minus hodie iſta diſtinctione utemur. Conſiderandum verò, an inter ipſos præceptores non ſit admittenda diſtinctio, ſeparanduſque à qualiquali præceptore operam leviter locante is, qui ſimul & educator, vitæque & morum formator ſit, qualem veteres teſte Juvenale *ſatyr.* 7. *ſancti voluere parentis eſſe loco.* 4. Ad univerſitatem & civitatem. Nam ex communi opinione non poteſt civis cujuſque univerſitatis aut civitatis ſine venia in jus vocare univerſitatem aut civitatem ſuam: quoniam non minus patriæ ſuæ quiſque, quàm parentibus debet. Grammat. *conſ. civ.* 40. Viv. *opin.* 119. *lib.* 2. Schneid. *hic.* poſt Ang. Jaſ. *n.* 44. Contrarium tamen cenſuit aliquando Curia Mechlin. teſte Chriſtin. *vol.* 2. *dec.* 90. *n.* 7. Poſtremo ſunt, qui nec dominum feudi à vaſallo ſine permiſſu judicis impune in jus vocari poſſe contendunt: inter quos & Merula noſter *d. c.* 12. Sed communis opinio contrarium tenet. Mynſ. 4. *obſ.* 92. Gail. *de pignor. c.* 15. *n.* 6. D. Præſ. Everh. *in locis legal à libert. ad Vaſall. in fin.* Schneid. *hic. n.* 45. Grot. 2. *manuduc. ca.* 41. *in calce.* Planè ſi dominus feudi ſimul ſit & dominus territorii, non poterit à vaſallo ſine venia vocari, non quia vaſallus, ſed quia ſubditus, cui utique dominum eumdemque Principem ſuum in jus vocare ſine petitione veniæ licere non debet, Gail. *d. cap.* 15. Rol. à Vall. *conſ.* 18. *lib.* 2. Alciat. *ad l.* 2. *C. de in jus voc.* Arnold. de Reyg. *in addit. ad obſerv.* Mynſ. 92. Vinn. Sic ex uno abſurdo ſequuntur plura, ex una quæſtione ſupervacua ſexcentæ aliæ. Edicti prætorii de parentibus & patronis ſine venia non vocandis, non alia fuit ratio, quam quod in jus vocatio publicè ſub dio facta merito ignominioſa videretur. Sive enim rapi potuiſſe nolentes ire dicamus, ſive exiſtimemus, vocare tantum licuiſſe, parum verecundum profectò erat, filium patri, libertum patrono in publico occlamare: *ambula in jus.* Noluit itaque prætor eam vocationem, ſine venia fieri. At quid hæc cauſſa ad citationem hodie receptam? An & hæc patris, vel patroni pudorem ſugillat? Quidni ergo ceſſante in univerſum hujus ratione, ipſum jus ceſſat? Sed ita multa paſsim ſine delectu in fora recepta videas, quæ ipſi forte Romani, ſi ea apud nos fieri viderent, riderent. Hein.

6 *Qui vi exemerit eum*) In eum, qui vocatum in jus vi exemerit, cujuſve dolo alius exemerit, pœnale judicium à prætore conſtitutum eſt, *l.* 1. *& paſſ. ne quis eum,* &c. Pœna autem longè alias eſt, quam ſuperiorum: nam neque definita eſt, & admodum magna eſſe poteſt. Litis enim æſtimationem cogitur exemptor ſolvere, *l. pen. eod.* ubi Juriſconſul-

sultus ait, in eum, qui vi exemit in factum judicium dari; quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res ab actore æstimata, de qua controversia est. Quod additum est, ut appareat, etiamsi calumniaror, quis sit, tamen hanc pœnam eum persequi. His autem verbis non significatur, actorem in litem juraturum, sed eam rem æstimaturum, quam petebat: ut exemptor, etiamsi res non deberetur, tamen ejus æstimationem solvat. Hodiernis moribus vix est ut huic judicio sit locus.

7 *Et alias innumerabiles*) Ὑπερβολικῶς pro *multas & varias*, veluti contra eum, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat; de dejectis vel effusis; de suspensis vel positis; contra nautas, caupones, stabularios, *sup. tit. prac.* contra calumniatores in quadruplum, §. 25. *inf. eod.* item contra mensorem, *tit. ff. si mens. fals. mod. &c.*

TEXTUS.

De præjudicialibus actionibus.

13. *Præjudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel servus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit: ceteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

NOTÆ.

13. *Præjudiciales actiones*) Præjudicia sive actiones præjudiciales rectè definiuntur à Theoph. formulæ sola intentione constantes, quæ condemnationem non habent. Nihil enim hic petitur restitui, sed tantùm ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit.

Unam legitimam causam) Utpote quæ ex lege 12. tab. descendit, *l. 2. §. 24. de orig. jur.*

Ceteræ ex ipsius prætoris) De partu tamen agnoscendo quædam cauta sunt SCtis, *l. 1. l. 3. §. 1. de lib. agnosc.*

COMMENTARIUS.

1 *Præjudicialium actionum definitio: earum genera, unde sic appellentur?*
2 *Cur actionibus in rem annumerentur?*
3 *De libertate inter quos agatur?*
4 *Inter quos vertatur quæstio de ingenuitate?*
5 *Actio de partu agnoscendo, cui, adversus quem, quo effectu detur?*
6 *Actio de jure familiæ inter patrem & filium.*
7 *Quid hæc differat ab illa de partu agnoscendo?*

DUobus generibus actionum constitutis, uno in rem, altero in personam, eorumque causis, quantum instituto convenire visum est, expositis, occurrit Imperator tacitæ objectioni, qua effici videtur deesse aliquid superiori divisioni, ac proinde eam vitiosam esse. Objici enim potest, actiones præjudiciales utique etiam actiones esse uti nominantur: has autem actiones divisione ista non contineri; quippe quæ neque in personam, neque in rem esse videantur. Non esse in personam, ex eo apparere, quia non dantur adversus eum, qui nobis obligatus est ad dandum aliquid vel faciendum; quod est proprium actionum in personam, *l. actionum. 25. de obl. & act.* Non in rem, ex eo, quia actione in rem id agitur, ut res nostra, quæ ab alio possidetur, nobis restituatur; nullam verò hujusmodi restitutionem peti aut fieri in actionibus præjudicialibus. Imperfectam igitur esse divisionem, quæ hoc genus actionum non complectatur. Hanc objectionem Justinianus tacitè hìc removet, docens, etiam actiones præjudiciales ad superiorem divisionem pertinere; & nimirum eas videri esse actiones in rem: quàm rectè, videbimus inferius. Præjudiciales 1 actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo aliquid juris sibi vindicat, aut alter adversus alterius oppugnationem statum suum sibi defendit. Omnis autem de statu controversia aut est de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ; unde totidem quoque actionum præjudicialium genera: unum de libertate, in quo quæritur, utrum quis liber sit, an servus: alterum de ingenuitate, in quo quæritur utrum quis libertus sit, an ingenus: tertium de jure familiæ, in quo quæritur, utrum quis sit filius, an non sit: quæ genera etiam hic proposita sunt. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, *l. quoties. 18. de prob. l. ult. si ingen. esse dic. l. 3. §. 2. de agn. lib. l. 1. §. 2. de rei vind. l. actionis. 37. de obl. & act.* ducto nomine non ex eo, quod aliis causis præjudicium quandoque adferant, aut quia harum judicium præcedere debeat: hoc enim commune est cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præjudiciales, uti videre est in *l. Papinianus 8. §. pen. de inoff. testam. l. per minorem. 54. de judic. l. fundum. 16. l. fundi. 18. l. rei. 21. de except. l. 5. in fin. de hæred. petit. l. ult. C. eod.* sed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi causa ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & sine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio incide-

derit, *l. antepen. de stat. hom.* quamvis alias res inter alios judicata aliis non noceat. Exempla habemus in *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *pr. de agnosc. lib.* In his actionibus uterque & actor & reus esse potest: cæterum is actoris partes sustinet, eique incumbit probatio, qui ad judicium provocavit, *l. generaliter.* 12. *de except. l. circa* 14. *de probat.*

2 *In rem esse videntur*) Actiones præjudiciales ex parte excellentiore non male in rem esse dicuntur: quoniam his omnibus, qui agit, aliquid suum vindicat & asserit; dominus servum suum in servitutem, servus libertatem, patronus jus patroni, libertus ingenuitatem, pater jus patris, filius jus filii. Sed non per omnia in rem sunt, ut ille, quæ propriè ita dicuntur: & ideo ait, *videntur.* Nam ex duobus finibus, cæteris propositis, priorem tantùm præ se ferunt, nempe ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit. Nulla hic petitur restitutio, cujus condemnatio sequatur, ut fit in actionibus in rem propriè sic dictis, *l.* 9. *l. qui restituere* 68. *de rei vind.* Quod etiam intellexit Theophilus, cùm præjudicium dicit esse formulam sola intentione constantem, quæ condemnationem non habeat. Cæterum statu adversarii sententia judicis semel constituto, actor præjudicium paratum habet, quo consequatur commoda quæ ex statu nascuntur, tribuunturque domino, patrono, patri, filio; quæ commoda qualia sint, satis notum est. D. Herm. Vultejus *hic.* & *discept. scholast.* 3. contendit, præjudiciales actiones, contra quàm hic scriptum est, in personam esse, non in rem: sed argumentis parum solidis, & quæ vel mediocriter in jure versati facile confutare poterunt: qui volet, adeat D. Bachov. *in Treul. vol.* 2. *disp.* 16. *thes.* 4. ubi ex professo Vultejum refellit.

3 *An aliquis liber*) Prima præjudicialis actio de libertate, quæ eadem & causa liberalis, & liberale judicium dicitur, *tit. π˜.* & *C. de lib. caus.* De libertate agitur inter duos, quorum unus eum, cum quo agit, servum suum esse dicit; alter contra servum se esse negans, liberum se esse contendit. In domino ultro agente actionem agnoscas confessoriæ similem; in servo in libertatem proclamante similem negatoriæ, *l.* 7. §. *ult. l.* 10. *de lib. caus.*

4 *An libertus sit*) Secunda actio præjudicialis, in qua quæstio ingenuitatis vertitur. De ingenuitate agitur inter eos, quorum unus alterum libertum suum esse dicit, seque ei patronum esse: alter se jus libertum esse negat, seque aut ingenuum planè esse, aut ab eo, cum quo agitur, ingenuum esse contendit. Prior jus patronatus sibi vindicat actione velut confessoria; alter ingenuitatem negativa: atque alterutro agente præjudicium redditur, *l. circa.* 14. *l. quoties.* 18. *de probat. l. ult. si ingen. esse dic.* Quæsitum est, an contra vasallos nostri temporis, qui nolunt dominum recognoscere, utile hoc præjudicium detur. Negant Jo. Fab. Zas. Schneid. *hic n.* 20. & DD. comm. Alio autem pacto domino consuli ajunt, quippe qui fundum tanquam commissum auferre possit.

5 *De partu agnoscendo*) Tertia præjudicialis, in qua quæritur de jure familiæ, non utique quolibet, sed de jure filii. Hujus generis duæ sunt species: una, quæ hìc proponitur, de partu agnoscenda; qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoscendo pro partu legitimo, & eo, qui sit ex marito: quod cùm quæritur, vi ipsa hoc quæritur, an partus sit filius & in potestate: altera, qua agitur in patrem & filium, in qua & ipsa idem illud quæritur, & apertè, an quis sit filius & in potestate, nec ne. De partu agnoscendo datur mulieri soluto matrimonio, contendenti partum legitimum esse, editumque ex eo, qui maritus fuit, adversus maritum partus controversiam facientem, sive quod neget uxorem suam fuisse, sive quod ex se prægnantem, *l.* 1. §. *quemadmodum.* 11. *de agn.* & *alend. lib.* Itaque in hac controversia intendit mulier, se & uxorem, puta Lucii Titii, fuisse, & ex eo prægnantem: petit, ut ita pronuntietur, quo & maritus partum pro suo agnoscat, & agnitum pro justo filio habere atque alere cogatur, *d. l.* 1. §. *pen.* & *ult.* Comperit autem hæc de partu actio, sive post divortium partus edatur, sive constante adhuc matrimonio editus sit, *l.* 3. §. 1. *d. tit.* Sed etsi edatur post mortem mariti, de agnoscendo eo cum avo agi potest, *d. l.* 3. §. 2. Illud hìc sciendum est, permitti mulieri intra triginta dies post divortium denuntiare marito, sed ex illo prægnantem esse, *d. l.* 1. §. 1. qui si nec ipse, nec alius ejus nomine responderit, non esse ex se prægnantem, etiam sine judicio partum agnoscere, & pro suo alere cogitur: quamquam non ideo partus illi filius & suus hæres efficitur, *d. l.* 1. §. *pœna.* 4. & §. *antep.* Quæ res facit, ut de eo judicio possit experiri, non quidem cum matre, sed cum filio. Altera ejusdem generis actio est,

6 qua agitur inter duos, quorum unus se patrem dicit, alter negat: aut contra, unus se patrem negat, alter eum esse contendit. Pater si filium suum esse dicit, qui se filium ejus esse neget, agit præjudicio cum filio, ut is filius

lius suus pronuntietur: quod præjudicium intelligit Ulpianus *l. 1. §. 2. de rei vind.* Vice versa, si quis pro filio non agnoscitur, qui se filium dicit, huic præjudicialis actio est adversus patrem, qua petat, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoscatur: quæ actio etiam matri pro filio datur, *l. 3. §. 1. de agnosc. & alend. lib.* Sed & neganti aliquem filium suum esse aliquando actione opus est, ut id ita esse declaretur; veluti cùm partus ex uxore editus est, & cùm illa denunciasset se esse prægnantem, maritus non negavit. Hic enim etsi in re dubia partus pro filio habetur, & alendus est, tamen non ideo filius efficitur & suus hæres, quod facit sententia pro partu lata, *d. l. 1. §. ult. de agnosc. & alend. lib.* sed veritati adhuc locus superest, & postquam verè constiterit filium non esse, cessat exinde alendi necessitas, *d. l. 1. §. Justinianus. 12. & §. antepen.* Dubium verò non est, quin hic neganti actio in eam rem detur; & quæ datur, ipsa itidem sit præjudicialis, utpote quæ omnia habeat, quæ præjudicii propria esse diximus. Et ex diverso si quis pro filio habitus neget se filium esse, non est dubitandum, quin similiter illi actio in eam rem danda sit sicut ei datur, qui se negat esse patrem, ne ea quæ sunt filii, præstare cogatur. Ex his intelligi potest, longè diversam esse hanc actionem à priore illa de partu agnoscendo. Nam hìc inter patrem & filium controversia est; illic inter uxorem & maritum. Illa de partu soli matri adversus maritum datur, non maritu adversus matrem. Hæc tam filio adversus patrem, quàm patri adversus filium. Illa datur matri solùm affirmanti partum justum esse, & mariti filium, neganti non item. Hæc sic patri datur adversus filium, ut detur & affirmanti filium suum esse eum, cum quo agitur: & contra etiam neganti: atque ex contrario, filio quoque in utramque partem datur. Denique in hac non quæritur, an quis sit filius ex causa justi partus, sed ex quavis causa, qua quis jure civili justus filius efficitur. Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus aliisque cognatis dari, ut quis frater vel de nobili familia pronuntietur, & consequenter nomen, arma & insignia familiæ ferre, feudaque & alias successiones sperare possit, cum Bart. Spec. Jas. Zas. concludit Schneid. *hic n. 34.* Duo priora nobis incognita sunt, quia servos aut libertos non habemus.

Una legitimam causam habet) Ex præjudicialibus actionibus una illa, quæ liberalem causam continet, civilis est legitima; utpote quæ ex lege 12. tabularum haud dubie descendit, quamvis nonnulla etiam à prætore circa hoc judicium constituta sint, ut patet ex inscriptionibus responsorum sub *tit. de lib. caus.* reliquæ ex jurisdictione prætoris veniunt: quædam tamen circa actionem de partu agnoscendo cauta sunt Senatusconsultis, *l. 1. l. 3. §. 1. de agnosc. lib.*

Textus.

An res sua condici possit.

14. *Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere:* Si paret enim dare oportere. *Nec enim quo actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: ne res quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Planè odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur:* Si appareat eos dare oportere, *quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.*

Commentarius.

1 *Vix esse ut hodie perperam agere dicatur, qui rem suam sibi dari petit.*
2 *Difficile expeditu esse, quomodo furi res condici possit, seu cum eo sic agi, ut intendamus, eum rem nostram nobis dare debere.*
3 *Condictionem furtivam etiam in commodum domini introductam: & in quo istud commodum consistat?*

Confirmata divisione actionum in rem & in personam, aliquid subjicit, quod ad vim divisionis pertinet; certè olim pertinuit, cùm adhuc formulæ in usu essent. Dicidimus actione in rem sic quemque experiri, ut dicat, rem, quæ ab alio possidetur, suam esse; actione in personam ita, ut dicat, adversarium dare aut facere oportere, *§. 1. sup. eod.* Quamquam quædam actiones personales sunt, quibus hæc formula propriè non conveniat, seu in quibus propriè nec dari, nec fieri intendatur. Ex hac autem formularum oppositione infert, non posse eum, qui rem suam ab aliquo petit hac intentione uti, *Ajo, te mibi dare oportere;* proterea quod verbum *dare*, cujus alias latior significatio est, in hac formula significet, dominium transferre: & dari demum id intelligitur, quod ita datur, ut ejus, cui datur, fiat quod autem alicujus est, id amplius ejus fieri non posse, *§. sed si rem 10. sup. de legat.* quo etiam pertinet, quod alibi tradi-

ditur, licet ex pluribus causis idem nobis debere posit; tamen ex pluribus causis idem non posse nostrum esse, *l. 14. §. 2. de exc. rei jud. l. non ut 159. de reg. jur.* Sic item in stipulationibus verbum dandi strictè accipitur, *l. ubi autem 75. §. ult. de verb. oblig.* indeque est, quod nemo rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l. nemo 82. d. tit. §. 2. sup. de inutil. stip.* Cæterum hodie vix est, ut perperam agere dici posit, qui rem suam sibi dari petit, postquam formulis sublatis visum est sufficere, actionem, modo aptam rei, & negotio congruentem, verbis quibusvis commodis, & id, quod intenditur, utcumque experimentibus, concipere, *l. 1. & 2. C. de form. & imp. subl.* maximè cum apud omnes auctores Latinos dare etiam pro restituere & tradere usurpetur. Et bene observavit D. Hotom. id quod hic Justinianus tradit, ita in actione in rem formulam judicii concipi non posse, *Si paret, Lucium Titium dare oportere*, ad illorum temporum rationem referendum esse, quo formulæ adhuc in usu fuerunt, utpote descriptum ex commentariis veteris alicujus Jurisconsulti: add. Præsid. Evehard. *consf. 47. num. 6.* Greg. Tholosan. 43. *syntagm. cap. 2.* D. Tuld. *C. de form. & impetr. num. 2.* Christin. *vol. 4. decis. 146.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 1. cap. 2.* ubi tradit, libellos sive conclusiones nunc formari secundum morem & stylum cujusque curiæ aut fori, ubi lis est: secus conceptas ab auditoribus explodi, & à judice rejici solere. Formulæ conclusionum apud nos usitatæ in manibus omnium versantur, bonamque earum partem congessit D. Merula, *d. tit. cap. 2.* Plures auctor libri, cui titulus *Het nieu verbeterde ende vermeerderde Papegan.*

Plane odio furum) Exceptionis superioris regula. Una in causa receptum est contra superiorem definitionem, ut quis rem suam ab aliquo petens hac formula judicii experiri posit, *si paret, eum dare oportere*; nempe in re furtiva adversus furem, *l. 1. & passim. de cond. furt.* Ulp. *l. ult. in fin. usufr. qu. cav.* breviter regulam cum exceptione sic expressit: *nemo rem suam, nisi furi, condicere potest.* Cur hoc in causa furtiva contra regulam receptum sit, docet hic Justinianus, nimirum propter odium furum, ut pluribus actionibus tenerentur. Illud autem vix est, ut expediri queat, quomodo furi res condici potest, id est, sic cum fure agi, ut intendamus, eum, quod nostrum est, dare nobis oportere? Utique eo sensu, 2 quo verbum dare in formula proposita accipitur, nempe pro dominium transferre, fieri enim non magis hic potest, ut quod meum est, mihi detur & amplius meum fiat, aut ut dare vel dominium transferre posit, qui dominium non habet, quàm si res condicatur alii & ex alia causa. Quomodo igitur fur, qui dominus non est, domino cui soli condictionem furtivam competere constat, *l. de cond. furt.* rem dare poterit? Quod si hoc impossibile est, uti profecto est absurdissimum videtur, quod hic traditur, furem sic conveniri posse, ut dare jubeatur, & dominium rei, quod non habet, transferre in actorem, eumdemque rei petitæ dominum. Nodus hìc indissolubilis est, nisi dicamus, in cæteris condictionibus verbum dandi propriè & strictè acceptum, eoque intellectam tantùm dominii translationem; in condictione autem furtiva idem verbum laxius & impropriè sumptum, ut eo vi ipsa significaretur rei restitutio: quod & Gloss. hìc innuit, & facit *l. scire 29. §. 1. de verb. obl.* Cæteroquin non video quæ ratio dari posit, cur ex causa furtiva placeat eum rectè agere, qui rem suam sibi dari intendit, ex cæteris autem causis ita perperam agi. Planè furi non tantùm ex causa furtiva, sed & ex aliis quoque causis res condici potest, quod interpretes vulgo sic exprimunt, ut dicant, condictiones omnes contra furem degenerare, *fac. l. ult. in fin. usufr. qu. cav. l. si urbana. 55. in fin. de cond. indeb.* junct. *l. 15. §. 1. eod. l. si procuratori. 14. in fin. de cond. caus. dat. l. 6. §. pen l. rerum 25. de act. rer. amot.* Gomes. *hic n. 28.* post Accurs. Jo. Fab. Angel. Jas. In eadem causa cum furibus sunt & raptores cæterique violenti possessores: nam & ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, fundus condici à domino potest, *l. 1. in fin. cum l. seq. de cond. trit. & 16.* Donell.

Quo magis pluribus actionibus) In hoc cernitur odium furum. Nam ut actori commodum est plures habere actiones, ita incommodum reo pluribus actionibus conveniri posse, maximè si quarumdam vi & potestate fortius & efficacius teneatur. Itaque & si adversus furem præter actionem furti pœnalem esset & in rem 3 actio, per quam dominus rem sibi surreptam à possidente vindicare poterat intendendo rem suam esse: placuit tamen adhuc aliam eamque commodiorem ac pleniorem adversus furem ejusque hæredem domino dari, qua quidem & ipse rem persequeretur, sed eam condicendo, id est, intendendo eam sibi dari oportere; quæ actio veteribus dicta est condictio furtiva, *§. ult. sup. de oblig. quæ ex del. l. 1. & tot. tit. de cond. fur.* Commodum condictionis duplex. Primum in eo, quod etsi tam condictio hæc, quàm rei vindicatio soli do-

domino datur, tamen hoc interest, quod in vindicatione is, qui agit, probare debet se dominum esse; in condictione satis est, si se dominum esse dicat. Neque enim furi permittendum ut referat quæstionem dominii. Sed & absurdum esset, ab eo, qui intendit, rem sibi dari oportere, quod facit, qui condictione experitur, probationem dominii exigere. Quod autem soli domino condictio dari dicitur, id non alio pertinet, quàm ut excludantur ii, quibus furti actio competit ob hoc solùm, quod eorum interest, furtum factum non esse: in quo numero sunt commodatarius, conductor, creditor pigneratitius, §. *furti* 13. *cum seqq. supr. de obl. quæ ex del.* Alterum positum in re quod rei vindicatio non nisi adversus possessorem eumve qui dolo malo posidere desit, detur: condictio autem furtiva adversus furem competat, etiam si non possideat, nec dolo desierit posidere, §. *ult. sup. d. tit.* quamvis enim furtum sine dolo non committitur, potest tamen possessio rei furtivæ sine dolo, immo & sine culpa furis, amitti. Hinc porro est, quod condictio etiam re perempta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur, *l.* 8. *l. ult. de cond. furt. l.* 2. *C. eod.* & ibi post Bartol. Baldum, Salicetum, Don. *num.* 19. Tulden. *ad d. tit. C. num.* 4. Christin. *vol.* 3. *decis.* 12. *num.* 2. Nimirum ut ajunt Jurisconsulti in *d. l.* 8. §. 1. & *d. l. ult. de cond. furt.* fur perpetuo moram facere intelligitur: moræ autem hæc vis est, ut obligationem perpetuet, id est, efficiat, ut debitor perinde perpetuo teneatur, atque si res adhuc extaret, *l.* 5. *de reb. cred. l. si servum* 91. §. *sequitur* 3. *de verb. oblig.* Id m verò effectus moræ non est adversus possessorem, sed qui rem sine dolo posidere desiit, ut maximè ei posit objici causa, quod monitus aliquando rem non restituerit, vindicatione non tenetur, *l. qui petitorio* 36. *de rei vind.* Planè mora judicialis etiam in vindicatione possessori nocet, puta si res possessa post litem contestatam periit, sed ita si petitor rem acceptam distracturus fuerit, *l. item si* 15. §. *ult. d. tit.* alioqui placet etiam eum, qui post litem contestatam possessionem sine dolo aut culpa amisit, absolvendum esse, *l. sin autem* 27. §. 1. *eod.* Vide quæ nos *supr. ad* §. 2. *hujus tit.* Porro ex prædictis apparet, condictionem furtivam non magis in odium furis, quàm in favorem domini introductam esse.

TEXTUS.

De nominibus actionum.

15. *Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in personam verò actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones: condicere enim est denuntiare, prisca lingua. Nunc verò abusivè dicimus, condictionem, actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc in tempore eo nomine denuntiatio fit.*

NOTÆ.

15. *Condictiones*) Quædam tamen actiones in personam hoc nomen ubi velut proprium fecerunt, *l.* 36. *hoc tit.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, triticiaria, ex lege, &c.

Condicere est denuntiare) Donat. *ad Phorm. act.* 1. *scen.* 2. Festus, *Condictio in diem certum est ejus rei, qua de agitur, denuntiatio.* Significat autem denuntiationem mutuam, sed utriusque litigantium. Condicere enim est simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur.

COMMENTARIUS.

1 *Vindicare quid? lis vindiciarum, vindiciæ, & alia.*
2 *Quid veteribus sit condicere, & cur inde actio in personam dicta condictio?*
3 *Pro veteri condictione quid postea institutum, & quid hodie.*

HActenus in superiore divisione actionum in rem & in personam de re ipsa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipsorum generum, ut si quando nomina in libris juris occurrent, ut passim, sciamus quæ species ex superioribus significetur, ad quas deinde jus de singulis ante traditum accommodemus. *Appellamus*, inquit, *in rem actiones, vindicationes, in personam verò condictiones.* Eadem sententia Ulpianus in *leg. actionum* 25. *de obl. & act. Actionum*, inquit, *duo genera sunt in rem, quæ dicitur vindicatio, & in personam, quæ condictio appellatur.* Pertinet verò hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solum actio, qua rem dominii nostri petimus, vindicatio dicitur; sed etiam illæ, quibus cætera in rem jura, veluti usumfructum, servitutes, pignora, persequimur, *l.* 1. & *passim si ususfr. pet. tit. si serv. vind. l. ult. de pign. act. l. si fundus* 15. §. *in vindicatione* 3. *de pign.* Et contra omnis in personam actio condictio dicitur: quamquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. cessat* 36. *de obl. & act.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, ex lege, &c.

Vindicationes) De origine hujus nominis non cons-

constat. Probabile quidem multis videtur, quod Hotom. existimat, *vindico* verbum esse compositum à vim dico, quemadmodum *judico*, auctore Varrone *lib. 5. de ling. lat.* concretum ex jus & dico: nam olim in vindicationibus manus conseri & vim quamdam adhiberi solitam, quam Cicero in *orat. pro Cæcin.* quotidianam, A. Gell. *lib. 20. noct.* 10. festucariam appellat; quia festuca fieri solebat. Cæterum non sine causa de eo ambigitur, propter vindictæ verbum, quo etiam ultio significatur, & maximè quia non vim dicere, sed vim facere dicimur. Sed non est, quod de ratione nominis laboremus, cùm de significatione constet. Vindicare enim rem aliquam nihil aliud est, quàm aliquid sibi asserere, & suum esse dicere, sive id dominium sit, aut aliud jus, sive possessio, quam in re habemus, & nobis defendimus. Et cùm olim mutuæ essent vindicationes, vid. *sup.* §. 1. *sub fin.* necessariò eveniebat, ut in omni controversia proprietatis simul ipsa quoque possessio dubia & controversa efficeretur, ac proinde priusquam judicium perageretur, & principalis quæstio de proprietate terminaretur, sententia ferenda esset super possessione. Quæ controversia dicebatur lis *vindiciarum*, & uno verbo *vindiciæ* à vindicando, & numero quoque singulari *vindicia*, auctore Servio Sulpitio apud Fest. in voce *vindiciæ*, ubi Festus ait, Servium dixisse, *vindiciam esse*, *cum de aliqua re controversia est*, *ab eo*, *quod vindicatur.* Fiebant autem vindiciæ correptione manus, & quidem ex duodecim tabulis in re atque loco præsenti apud prætorem: postea autem in agrorum controversiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in jus allata, in qua Gellius 20. *noct.* 10. scribit litigantes tanquam in toto agro vindicare solitos fuisse. Hinc verò apparet, litem vindiciarum non pertinuisse tantummodo ad quæstionem de momentaneana possessione, quam nunc vulgo recredentiam vocant, licet id pro certo tradunt DD. Budæus & Hotomannus; sed eo verbo veteres significasse controversiam de toto negotio, seu de possessione simul & proprietate. Quod etiam evidenter ostendit locus Asconii in *orat.* 3. *Verrint. cap.* 45. quem ideo adscripsi. *Lis vindiciarum est*, inquit ibi Asconius, *cùm litigatur de ea re apud prætorem*, *cujus incertum est quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satisdat pro præde litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfacit*, *nihil se deterius in possessione facturum*, *de qua jurgium est. Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certæ pecuniæ aut æstimationis*, *quam amittat*, *nisi sua sit hæreditas*, *de qua contendit.* Putaverunt, verbo vindiciæ significari ipsam possessionem. Quod ego, uti à verbi proprietate nimis alienum est, ita falsum esse arbitror. Neque illa, quæ apud Livium & alios legimus, *postulare vindicias*, *dare vindicias*, hoc probant. Nam postulare vindicias ille dicitur, qui petit, ut secundum se vindiciæ dicantur; dare, qui in lite vindiciarum secundum aut contra aliquem pronuntiat; quemadmodum litem dare secundum aut contra aliquem dicimus, pro secundum aut contra aliquem judicare. Denique dicere possessionem non dicitur, sed bene, dicere vindicias, locutione scilicet figurata, pro dicere sententiam in lite vindiciarum. Sanè veteres etiam res ipsas, de quibus controversia erat, & glebas quoque, quæ ex agro sumptæ in jus afferebantur, nonnunquam vindicias appellant, sed per metonymiam subjecti. Nam in re controversa fiebant vindiciæ, & in glebis tamquam in agro vindicabatur, ut ex Gellio jam audivimus: qui hoc ipso simul nos docet, quid propriè sit vindicare, nimirum rem aliquam sibi asserere & suam esse dicere. Hodie constat, vindicationes dici actiones in rem de proprietate, omnique jure, quod quis in re habet: de quibus jam antea explicatum est.

Condicere est denuntiare) Quod Justinianus hìc ait, condicere prisca lingua esse denuntiare, id etiam Festus in ea voce notat. *Condicere*, inquit, *est dicendo denuntiare*: *& condictio est ejus rei*, *quæ agitur denuntiatio.* Donat. in illud *Phorm. act.* 1. *scen.* 2. *& tibi scribam dicam*: *à denuntiatione*, inquit: *in personam*: *ne diceret*, *non mihi denuntiasti.* Theophilus tradit, priscis temporibus moris fuisse, ut is, qui cum aliquo litem habebat, adversario suo denuntiaret, ut hoc vel illo die ad judicium accipiendum & litem persequendam adesset. Sed ex his nondum intelligitur, quid veteribus sit condicere, multoque minus quam rationem habeat, quod inde actio in personam dicta sit condictio. Iraque sciendum est, verbo condicere non significari unius actoris denuntiationem, sed denuntiationem mutuam & utriusque litigantium. Nam condicere valet simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur, ut Festus quoque hoc verbum interpretatur: & hinc idem verbum translatum etiam ad alia, quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter aliquos dicuntur, statuunturque ut fiant: ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui ut adsit: & vice versa denuntiare & promittere te adfuturum. Cic. *ad Lentul. Fam.* 1. *ep.* 9. *Cras-*

9. *Crassus, cùm mihi condixisset cœnam, cœnavit apud me in mei generi Crassipedis hortis.* Sueton. in *Tib. cap. 42. Sexto Claudio libidinoso ac prodigo seni cœnam ea lege condixit, ne quid ex consuetudine immutaret aut demeret.* Ita autem moris olim fuit, ut qui litem vellet intendere, is adversario suo denuntiaret, ut in jus veniret: qui aut ire, aut sponsorem dare compellebatur, fore, ut constituto die se judicio sisteret: quæ res vadatio dicebatur, & ante litem contestatam fiebat. Constituto deinde à prætore judicio, diem committendi judicii simul dicebaut, id est, communi consensu constituebant invicem denuntiando, actor denuntiando reo, quo die vellet eum in judicium venire; reus denuntiando actori se eo die affuturum: idque uno verbo dicebant diem condicere, & hinc condictio, mutua illa denuntiatio. Quia verò ad hanc rem fere tertium sive perendinum diem sumere solebant, inde natum nomen comperendinationis. Nemo hoc planius exponit Asconio, qui *Verrina 3. cap. 9.* sic scribit: *Comperendinatio est ab utriusque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Nam cùm in rem aliquam agerent litigatores, & pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post tertium diem: quo dato, deinde inter se in perendinum diem, ut ad judicium venirent, renuntiabant.* At enim cùm hæc sive condictio, sive denuntiatio, sive comperendinatio omnibus in judiciis fieri soleret, sive in rem, sive in personam ageretur, quæ causa est, quod sola actio in personam nomine condictionis designata sit? Credibile omnino est, cùm ex duabus istis actionum speciebus una certum & proprium nomen invenisset; alteram, quia proprio carebat, nomine generis appellatam more loquendi communi, & juris auctoribus maximè usitato. Itaque cùm actio in rem speciale & proprium haberet nomen vindiciarum sive vindicationis, actioni in personam nomen utriusque judicii commune relictum fuisse. Prolixius hæc exequitur D. Hotomannus. VINN. Semper existimavi, hanc rationem non sufficere. Ea potius repetenda videtur à vetere more litigandi. In judiciis realibus vis quædam imaginaria vel manus injectio observabatur: unde illa dicebantur VINDICATIONES. Contra in personalibus nulla vis imaginaria, nulla manus consertio, sed tantum verbis inter se agebant, & sponsionibus se provocabant litigantes. Unde actionibus his CONDICTIONUM nomen datum, quia sibi invicem condicebant, id est, promittebant per sponsiones, e. g. Actor eum provocabat: *Spondesne centum, si dare facere debebis?* respondebat reus: *spondeo*, simul actorem provocabat: *Tu vero sponden' centum, ni dare, facere debeo?* Respondebat actor: *spondeo.* Hoc vero & propriè erat *condicere*, id est promittere. Observabantur, quidem tales sponsiones etiam in judiciis in rem: sed quum ibi vis imaginaria actus esset notatu dignissimus, maluerunt ab illo nomen his imponere, *condictionis* vocabulo judiciis personalibus relicto. HEIN.

Nunc verò abusivè dicimus condictionem) Rectè *abusivè*; quia non est in re, quod verbo significatur. Abusus autem hac ratione defenditur, quod primo actio in personam ejusmodi condictionem habuit, à quo proficisceretur. Re sublata mansit nomen, quod initio actioni fuerat; quemadmodum & in aliis plerisque rebus priscis adhuc appellationibus utimur, quantumvis usu rei exoleto.

3 *Nulla hoc tempore denuntiatio*) Justiniani ætate vetus illa condictio & solemnis illa ad judicium denuntiatio obsoleverat. Sustulere eam Impp. Arcadius, Honorius & Theodosius; quorum constitutio extat in *l. si quis. 6. Theod. de denunt. vel edict. rescript.* Novella autem Justiniani lege certum tempus hanc in rem constitutum: oblato enim libello citatorio viginti dierum inducias reo indulgeri voluit, ut secum interim deliberet, cedere, an contendere malit, *auth. offeratur. C. de lit. contest.* Nos hoc jure nunc utimur, ut executor vocato diem dicat, & moderatum tempus ad liberandum concedat, prout res, persona vocati, locus, cæteraque circumstantiæ desiderare videntur. D. Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. c. 14.* Gail. *1. obs. 74. n. 16. & seqq.* Gudelin. *lib. 4. de jur. nov. c. 5.*

TEXTUS.

Divisio secunda.

16. Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt.

COMMENTARIUS.

1 *Quid hìc vocetur rei persecutio, quid pœna:* 2 *& usus hujus divisionis?*

PRoponitur hìc alia actionum divisio sumpta ab objecto, quippe quæ docet, quid quaque actione petatur. Divisio hæc est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ, quædam tam pœ-

pœnæ quàm rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutrum aut utrumque contineant, sequentibus aliquot §§. exponit Justinian. Illud non exponit, quid hìc vocetur rei persecutio, quid pœnæ, cujus tamen explicatio ad illustrandam divisionem vel maximè facit. Sed quod hìc omissum est, docebit, nos definito rei persecutoriarum à Paulo tradita *l. in bonorariis. 35. de obl. & act.* Illic enim sic Jurisconsultus scribit: *Illæ* (actiones) *rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.* Opponit Jurisconsultus persecutionem ejus quod ex patrimonio nobis abest, persecutioni pœnæ. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones pœnæ persecutionem habere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest. Ex patrimonio nobis abesse dicuntur hæc quatuor: quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur; quod esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est; quod nobis debetur ex contractu; quodcumque ejus, quod nobis abest, æstimationem continet, qualis est æstimatio, quæ fit ex jurejurando in litem, *l. 1. l. 8. de in lit. jur.* item pœna conventione promissa, quæ & ipsa caveri loco ejus, quod interest, *§. ult. de verb. obl. l. ult. de præt. stip.* Quare quæcumque sunt actiones, quibus horum aliquid persequimur, eas dicemus esse rei persecutorias: quod ipsum etiam species subjectæ declarant. Et rursus ex contrario, quæ alicujus rei ex superioribus persecutionem non habent, eas dicemus esse pœnales. In summa, rei nomine hoc loco continetur, quidquid est extra pœnam legitimam: pœnæ nomine ea dumtaxat, quæ jure certo constituta est. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ sint actiones alterutrius generis, aut mixtæ. Usus divisionis propositæ præcipuus & hujus loci proprius est, ut intelligamus, quid quaque actione peti oporteat. Est verò & secundarius, ut dignoscatur, quæ actiones sint perpetuæ, quæ temporales, quæ in hæredes dentur, quæ non dentur: de quo infra *sub tit. de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

De rei persecutoriis.

17. *Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum verò actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam, petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto. Planè si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem prætor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum hærede ejus de dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.*

NOTÆ.

17. *Quæ ex contractu nascuntur*) Illæ omnes rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, *d. l. 35. hoc tit.* Ex patrimonio nobis abesse dicitur. 1. quod est in patrimonio, sed ab alio tenetur. 2. Quod esse desiit, sed ex obligatione restituendum. 3. quod nobis debetur ex contractu. 4. quod ejus, quod nobis abest, æstimationem continet: quo etiam refero pœnam conventione promissam, *§. ult. sup. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones in rem omnes rei persecutoriæ.*
2 *An personalium ex contractu aliæ mixtæ, quàm illa ex deposito miserabili?*
3 *Cur hæc excepta: & cur in hæredem tantùm ex proprio dolo detur?*

Omnes in rem) Actiones in rem omnes comparatæ sunt rei persequendæ gratia; quippe quibus omnibus sine exceptione persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, videlicet rem nostram aut ad jus nostrum pertinentem, quæ ab alio tenetur. Non obstat, quod in his actionibus ob contumaciam non restituentis in litem jurari solet, *l. qui restituere. 68. de rei vind. l. 5. de in lit. jur.* & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cùm actori permittatur rem æstimare etiam ultra rei pretium, *l. 1. l. 8. d. tit.* Nam hæc ipsa pœna nihil aliud est, quàm æstimatio ejus, quod actori abest; non illa quidem, qua res omnibus vulgo tanti fit: sed tamen quam actor dicit rei suæ, quem æquum non est cogi suo pretio rem suam æstimare, *d. l. 8. de in lit. jur. l. 9. de act. rer. amot.* Atque ut hæc æstimatio reo pœna sit, tamen ea non petitur actione, sed ex officio judicis, quod actioni subservit, ex accidenti imponitur: actor autem nihil amplius quàm rem suam petit; & illa quoque ipsa æstimatio actori est rei suæ persecutio, utpote qui ultra id quod ei abest, nihil consequitur, si spectamus pretium, quo rem suam æstimat, quod sanè æquissimum est, arbitrio domini definiri, *d. l. 8. de in lit. jur.* Ita ferme & DD. vulgo.

Quæ ex contractu fere omnes rei persequendæ) Actiones quoque in personam, quæ ex contractu nascuntur, rei persecutoriæ sunt: quoniam & his nihil aliud persequimur, quàm quod nobis abest. Particulam autem *fere* addidit propter actionem depositi miserabilis, quam & ipse mox excipit, & mixtam esse dicit. Fortassis & propter actionem legati pii, quæ etiam quandoque mixta est, licet ex quasi contractu veniat, §. *vi autem.* 19. *inf. eod.* Excipiunt nonnulli & actionem redhibitoriam, quæ dicitur interdum in duplum condemnationem habere, *l. redhibitoria.* 45. *de ædil. edict.* sed perperam, meo judicio: nam duplum ea actione non tam ut pœna petitur, quàm quod in venditione mancipiorum & animalium duplum à venditore repromitti solet, *fac. l. cum autem.* 23. §. *si servus.* 4. *d. titul.* Sic actio, qua dupla petitur nomine evictionis, non pœnæ, sed rei persequendæ causa instituitur; quia ex stipulatione duplæ competit, *l.* 2. *& pass. de evict. l. quod si nolit.* 31. §. *qui assidua.* 20. *de ædil. edict.*

Tumultus, incendii, &c.) In eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatus erit, ejusve hæredem fraudulentum, actio in duplum à prætore redditur, *l.* 1. §. 1. *depos.* Merito has causas deponendi à cæteris segregavit prætor: primum quoniam in aliis casibus spatium deliberandi datur, cui res committenda sit: in his autem trepidatio nullum tempus ad liberandum concedit: deinde quia aliis in casibus perfidia nihil eximium habet præter cæteras: hæc verò singularis est, & majore odio digna, quod ubi misericordia opus est, crudelitas adhiberetur, & calamitas calamitati imponitur, *d. l.* §. 2. *& seqq. depos. l.* 1. *& passim. de incend. ruin. naufrag.* Diximus autem, in eum, qui inficiatus erit: quoniam hæc in duplum actio, non nisi adversus inficiantem & fallentem fidem datur: nam in confitentem tantùm in simplum actio est, *d. l.* 1. §. *hæc autem* 4. *depos.* §. *sed furti.* 28. *inf. hoc tit.*

Aut cum hærede ejus de dolo ipsius) De dolo ipsius, hæredes scilicet. Hac enim adjectione Justinianus significare voluit, actionem depositi miserabilis tum demum in hæredem in duplum dari, cum ille ex dolo & inficiatione propria convenitur, non etiam si cum eo agatur ob dolum defuncti, nam tunc in hæredem in simplum dumtaxat hoc judicium datur, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 18. *depos.* Non obstat quod passim traditur, actiones ex contractibus venientes in hæredes in solidum dari, licet ob dolum totum, quibus successerunt, conveniantur, *l.* 12. *l. ex contractibus.* 49. *de obl. & act. l. ad ea.* 157. §. *ult. de reg. jur. cum simil.* Nam illa definitio ad actiones pœnales non pertinent, sed ad eas tantùm, quæ sunt rei persecutoriæ: & aliud est dari in solidum, aliud dari in duplum.

TEXTUS.

De pœnæ persecutoriis.

18. *Ex maleficiis verò proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt: aliæ tam pœnæ quam rei persequendæ; & ob id mixtæ sunt. Pœnam tantùm persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur, quadrupli; sive non manifesti, dupli; de sola pœna agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei.*

De mixtis, hoc est, rei & pœnæ persecutoriis.

19. *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur: pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuria dato mixta est: non solùm si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si in simplum quisque agat: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine, dare distulerint, usque adeo ut etiam in judicium revocarentur. Tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna: & ideo in duplum ejus fit condemnatio.*

NOTÆ.

18. *Aliæ tantum pœnæ persequendæ*) Paul. *l.* 35. *hoc tit.* persecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abest, opponit persecutioni pœnæ. Itaque illæ actiones pœnæ persecutionem habent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest, uno verbo, quibus persequimur pœnam legitimam.

19. *Si adversus inficiantem*) Actio damni injuria ex lege Aquilia inficiatione crescit in duplum, §. *ult. sup. de obl. quæ quas. ex cont.*

COMMENTARIUS.

1 *Pro merè pœnalibus esse & certæ quantitatis pœnæ persecutorias.*

2 *Quæ*

2 *Quæ quibus exceptis mixtæ?*
3 *Pro pœnalibus quæ habeantur, cùm à parte actoris pœnales non sint?*

EX maleficiis actiones quæ sunt, omnes persecutionem pœnæ habent: sed quædam ex his pœnæ solius, pleræque autem pœnæ simul & rei: quæ proinde mixtæ sunt. Duæ tantùm excipiendæ, condictio furtiva, & actio rerum amotarum, quæ solius rei persecutionem continet, *l. 7. §. 1. & 2. de cond. furt. l. si mulier 21. §. pen. de act. rer. am.*

Pœnam tantùm actione furti) Actio furti sive manifesti sive nec manifesti solam pœnam persequitur, *§. ult. sup. de obl. quæ ex del. d. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Ejusdem generis est & actio injuriarum; quippe qua nihil, quod nobis abest, persequimur, sed tantùm vindictam 1 criminis, *l. 7. §. 1. de injur.* Pro purè pœnalibus habendæ etiam sunt actio, de albo corrupto, *7. de jurisd. §. pœnalis 12. sup. hoc tit.* actio de parente ut patrono sine venia in jus vocato, *d. §. 12. l. pen. & ult. de in jus voc.* item actio de suspenso & posito, *§. 1. tit. præc. l. 5. §. prætor 5. de his qui dejec.* denique omnes illæ, quibus non persequimur duplum, triplum, aut quadruplum, sed certam pœnæ summam delicto simpliciter impositam, sine consideratione alterius rei, veluti 50. aureos.

Ipsam rem propria actione persequitur quis) Eam vel vindicando à quocumque possessore, vel condicendo furi ejusve hæredi, *§. ult. sup. de obl. quæ ex del.* ubi hoc latius explicatum est.

Vi bonorum raptorum actio mixta) In actione vi bonorum raptorum quadruplum non est totum pœna, ut in actione furti manifesti; sed in quadruplo continetur & rei persecutio, ut pœna tantùm sit tripli, *sup. vi bon. rapt. in pr.* ac proinde mixta est hæc actio.

Legis Aquiliæ actio) Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuria dato mixtam causam obtinet, seu partim rem, partim pœnam persequitur, sive adversus confitentem agatur in simplum, quo casu res æstimatur quanti plurimi eo anno aut diebus 30. proximis fuerit, *§. his autem 9. & 14. sup. de leg. Aquil.* sive adversus inficiantem, quo casu lis crescit & in duplum actio redditur, *l. inde Neratius 23. §. pen. ad leg. Aq. §. ult. sup. de obl. quæ qu. ex contr.* Sed & cæteræ quoque actiones ex male- 2 ficiis præter furti & injuriarum, certæque quantitatis pœnæ persecutorias, quæ merè pœnales sunt, & condictionem furtivam rerumque amotarum actionem, quæ sunt rei persecutoriæ; omnes sunt mixtæ, id est, rei simul & pœnæ persequendæ causa comparatæ. Veluti actio servi corrupti, *l. 14. §. in hac actione 5. de serv. corrupt.* quod metus causa, *l. item si 14. §. sed & si 9. & 2. seqq. quod met. caus.* de calumnia, *l. 5. §. 1. de calum.* tripli & quadrupli ob majores sportulas exactas, *§. 24. & seq. inf.* &c. denique & illæ, quæ quasi ex maleficio nascuntur, similiter mixtæ ferè sunt, ut intelligi potest ex his, quæ de hoc genere tradita sunt, *sup. de obl. quæ qu. ex del.* Illud sciendum est, quasdam esse actiones, quæ pro 3 pœnalibus habeantur, & ideo in hæredes non dentur, licet à parte actoris pœnales non sint. Nam quoties actio factum punit, & in dolum tantùm concepta est, pœnalis habetur, eoque nec adversus hæredes datur, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid absit, atque ita rei persecutionem contineat, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* de quo diligentius disseruimus *inf. de perp. & temp. act. §. 1.*

Relicta sacrosanctis Ecclesiis) Et quasi contractu actiones omnes rei persecutionem habent, utpote quarum nulla ultra id quod abest, persequimur, ut licet intelligere ex generibus harum actionum, quæ exponuntur *sup. de obl. quæ qu. ex contr.* Una actio ex hoc genere hìc excipitur, nempe actio ejus legati & fideicommissi nomine, quod relictum est Ecclesiæ aut aliis venerabilibus locis, puta nosocomiis, xenodochiis, orphanotrophiis, &c. *tit. C. de Episcop. & Cler.* Hæc actio duobus casibus mixta est, & constituta in duplum, si reus inficiatus erit, si tamdiu solvere distulerit, dum in jus vocaretur, *§. sed furti 26. infr.* Scholiastes Theoph. *οὐ μόνον ἐξ ἀρνήσεως, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑπερθέσεως, ἡ διπλάσις εἰσάγεται τοῦτο ἐρώτας βιβ. α. τοῦ κωδ. τ. γ. διατ. με.* hoc est, *l. 45. C. hoc tit.* in editione Gotofr. & Pacii est *l. 46.*

Textus.

De mixtis, id est, tam in rem, quàm in personam.

20. *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quàm in personam: qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate. Item communi dividundo; quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, quia inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare: & si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

Notæ.

20. *Quæ competit cohæredibus*) Tres hæ actio-

tio-

tiones, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, ex lege 12. tabularum descendunt, *l. 1. fam. erc. l. ult. fin. reg.* quæ ideo constitutæ, ut communio, cujus materia discordias excitare solet (*l.* 77. §. 20. *de leg.* 2.) tollatur. Pac.

Qui confines agros habent) Ut fines regantur. Regi fines dicuntur, quoties unusquisque ager propriis finibus terminatur.

In quibus tribus judiciis) Quid judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur plenius *inf.* §. 4. *&* 2. *seqq. de off. jud.*

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu & quam ob causam actiones hic propositæ dicantur mixtæ?*
2 *Judicium fam. ercisc. inter quos reddatur, & quid contineat?*
3 *Inter quos qua de re agatur communi dividundo?*
4 *Inter quos finium regundorum, & hujus rei gratia?*

PEr occasionem, quod proximè dixerat de actionibus mixtis, subjicit tres alias actiones, quas & ipsas mixtas videri ait, videlicet, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum: sed quæ longè diversi sunt generis, longeque aliam ob causam mixtæ dicuntur, quàm dicuntur illæ, quæ tertium membrum superioris divisionis constituunt: non enim ideo has actiones mixtam causam habere dici, quod, ut superiores illæ, conjunctim rei & pœnæ persecutionem contineant, cùm omnes rei tantùm persequendæ gratia comparatæ sunt; sed quia partim in rem esse videntur, partim in personam. Ex 1 quo simul illud intelligimus, hæc eadem judicia alio quoque sensu hic mixta vocari, quàm quo mixta appellantur in *l. actionis* 37. §. 1. *de obl. & act.* & alibi duplicia, *l.* 2. §. 1. *comm. div.* nimirum, quod in iis uterque ex litigatoribus duplicem personam sustinet, actoris videlicet & rei, *l. in tribus* 13. *de jud. l. judicium* 10. *fin. reg. l. inter cohæredes* 44. §. *qui familiæ* 4. *fam. erc.*

Mixtam causam obtinere videntur tam in rem) In rem esse videntur, quia in his quisque de re sua agit ad instar ejus, qui vindicat. In personam ideo: quia dantur adversus eum, qui propter communionem aut terminorum confusionem nobis obligatus est. Notandum autem, quod non simpliciter ait, has actiones mixtam causam obtinere tam in rem quam in personam; sed obtinere videri: nimirum, quia id præ se ferunt. Revera autem sunt actiones in personam omnino: quippe quæ tales origine & essentia sua, quamvis fine & effectu nonnihil cum actionibus in rem commune habent, *l. 1. fin. reg. l.* 1. §. 1. *C. de an. exc.* quod fusius à me expositum, *sup.* §. 1. *hoc tit.* VINN. Sed tu vide quoque sis, quæ ibi adnotavimus. HEIN.

Quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate) Judicium familiæ erciscundæ est, quod 2 inter cohæredes redditur de dividenda hæreditate, hoc est, quæ hæres agit adversus cohæredes suos, ut res hæreditariæ, prius indivisæ, dividatur, & à communione discedatur, *l. 1. fam. ercisc.* Estque hæc princeps hujus judicii causa, sed non sola: nam & præstationes quasdam personales continet, quibus hæres hæredi propter communionem rerum est obnoxius, *l. item Labeo* 22. §. *penult. d. tit.* Ubi Ulpianus ait, judicium familiæ erciscundæ ex duobus constare, id est, atque præstationibus, quæ sunt actiones personales. Rerum divisio qualis sit, tum quæ in hac divisione adjudicatio, & quæ vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in extremo hujus §. declaratur in §. *familiæ* 4. *inf. de off. judic.* Præstationes personales inducuntur aut lucri aut damni aut impensarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderunt. Lucri, ut si quid ad unum ex hæredibus pervenit ex re communi, id cæteris hæredibus communicet, *l. inter* 44. §. 2. *&* 3. *fam. ercisc. l.* 3. *C. eod. d.* §. 4. *inf. de off. jud.* Damni, ut si quid damni in rebus hæreditariis datum factumve est culpa aut negligentia unius, id cæteris pro portione cujusque farciet, *l. hæredes* 25. §. *non tantum* 16. *&* §. *item culpa* 18. *famil. ercisund. cujus exempl. in l. & puto* 16. §. *pen. l. inter* 44. §. *quod ex facto* 5. *eod.* Impensarum, ut si quæ ab uno hærede in res hæreditarias factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei à cæteris pro rata refundatur, *l. his consequenter* 18. §. *sumptum* 3. *eod.* Eodem referimus, si unus pecuniam à defuncto sub pœna aut pignoribus debitam solverit, *d. l. hæredes* 25. §. *idem juris* 13. *& seq.* Indicantur hæc genera in commune, *l. quibus casibus* 34. *pro soc.* in judicio communi dividundo, *l.* 3. *com. div.*

Communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quod aliquid commune est, ut id dividatur) 3 Communi dividundo judicium est, quod inter eos redditur, inter quos res una aut plures extra causam hæreditatis communes sunt: neque enim interest, communes sint ex societate, an sine societate, *l. 1. & l. 2. comm. div.* Finis hujus judicii item duplex; unus, ut recedatur ab harum rerum communione; alter, ut utrinque

que præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine. Nam & hoc judicium iisdem rebus constat, quibus superius, rerum communium divisione, & præstationibus iisdem personalibus, *l. 3. comm. div.* In divisione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, §. *eadem 5. infr. de off. jud.* quippe semota hæreditatis divisione cætera sunt utrique judicio cum altero communia, *l. 6. §. cætera 23. comm. div.*

4 *Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent*) Finium regundorum judicium est, quo inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur, id est, ad suam normam & certitudinem redigantur: & quod intra istos fines quisque habet, id totum retineat; si quid amplius, id confini restituatur, *l. 4. pr. l. 8. in pr. & §. 1. fin. reg.* Sed & si fines commodè dirigi non possunt vel propter loci inæqualitatem vel propter veterum limitum incertitudinem, permittitur judicii aliis finibus evidentioribus agros distinguere. Quo casu quia necesse est partem aliquam ex unius agro detrahi, & alterius agri domino adjici, ideo res transigitur adjudicatione & condemnatione, *l. 2. §. 1. l. 3. & l. 4. eod. tit. §. pen. inf. de off. jud.*

Ex bono & æquo adjudicare) Quid judicem hic in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur plenius *inf. de off. judic. §. si familiæ 4. & 2. seqq. de off. jud.*

TEXTUS.

Divisio tertia.

21. Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.

COMMENTARIUS.

1 An ulla actio plus quàm quadruplum persequatur?

TErtia hæc actionum divisio est sumpta & ipsa ab objecto, sed superiori dissimilis in eo, quod illa explicat, quid quaque actione petatur, resne sola, an pœna tantùm, an utrumque simul; hæc, quantum peti oporteat, & quosque in pœna supra id, quod nobis abest, petendo progredi liceat. Maximi autem actoris olim intererat scire, quid & quantum petere deberet, propter periculum plus petitionis, *§. si quis agens. 33. inf. eod.* Ait Justinianus, actiones omnes vel in simplum conceptas esse, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ultra quadruplum autem nullam actionem extendi. Quid ergo nullane actione plus quàm quadruplum persequi possumus? Si quis sciens tignum vitiosum aut pecus morbosum vendiderit, responsum est, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præstaturum, *l. Julianus 13. in pr. de act. empt.* Si quis clavum à navi abstulit, ut naufragium fieret, cautum est Senatusconsulto, ut is omnium rerum nomine teneatur, *l. 3. §. ult. de inc. ruin. naufr.* Si servus hæres institutus ante aditam hæreditatem occisus sit, etiam hæreditatis æstimationem fieri, traditum est in *l. inde Neratius 23. in pr. ad leg. Aq. §. illud 10. sup. eod* Atqui in his omnibus litis æstimatio longè excedere potest quadruplum pretii ejus rei, in qua aut per quam damnum datum est. Respondemus, quod dicitur, nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum esse de quadruplo ejus, quod culpa adversarii actori abest; id verò, quod abest, & τὸ interesse actoris, etsi interdum longè & vel decuplo pluris æstimatur, quàm quanti valebat corpus, in quo vel per quod damnum datum est, simplum tamen semper est respectu universi damni, quod actor sensit: & ideo quantacumque hæc sit æstimatio, non in duplum, & triplum, &c. actio concipitur, sed tantùm in simplum, neque in id solum, quod actori per culpam rei abest. An in pœna conventionali quadruplum excedi possit, tractavimus supra *ad §. alteri 18. de inutil. stipul.*

TEXTUS.

De actionibus in simplum.

22. In simplum agitur, veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quamplurimis causis.

COMMENTARIUS.

IN simplum sunt omnes actiones, quæ rei persecutionem continent; utpote quibus unum & simplum, quod nobis abest, persequimur: Itaque & si quæ sit actio ex delicto, quæ rei persecutionem habeat, ea quoque in simplum erit, ut condictio furtiva, & actio rerum amotarum. Sed & ex iis, quæ pœnæ persecutionem continent, nonnullæ sunt in simplum, veluti actio ex lege Aquilia contra causam inficiationis aut moræ, *§. vi bonorum 19. sup. eod.* item actio ex edicto, ne quis eum, qui in jus voc. *l. pen. §. 1. eod. tit.* & si quæ

quæ sunt aliæ, in quibus aliquid ultra veram æstimationem rei & quod actori revera abest, præstandum. Denique & ex pœnalibus illæ in simplum sunt, in quibus certæ pecuniæ summa simpliciter lege comprehensa est sine mentione dupli, tripli, aut quadrupli, ut non ex comparatione alicujus simpli amplius quid pœnæ nomine constituatur, ut cùm pœna constituitur in decem, viginti, aut 50. aureos, *l. 7. de jur. fsl. l. penult. de in jus vocat. l. 5. §. ait prætor 6. de bis qui dejec. l. pen. C. de serv. fug.*

Veluti ex stipulatione) Quid si duplum, triplum, aut quadruplum in stipulationem deductum sit? *l. si dictum 56. de evict.* Dicendum videtur, actorem id, quod sua interest, tanti æstimantem adhuc in simplum agere, & rem solam non pœnam persequi.

TEXTUS.
In duplum.

23. *In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriosè vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo servus abstulerit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea, quæ supra diximus.*

COMMENTARIUS.

QUinque actiones recenset, quibus in duplum agitur, furti nec manifesti, damni injuria ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis, servi corrupti, ex legato, quod venerabilibus locis relictum est. Non exponit, an eodem omnes modo in duplum sint, nec ne. Quia hoc loco tantùm ei propositum est ostendere, omnes in duplum esse. Differentiæ indicantur aliis locis, *§. ex maleficiis 18. & seqq. sup. §. sed furti 26. inf. eod.*

Depositi ex quibusdam causis) Quæ comprehensæ sunt edicto, nempe *tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, l. 1. §. 1. depos. §. rei persequendæ 17. in fin. sup. boc tit.*

Quæ competit in eum cujus hortatu) Actio servi corrupti in duplum constituta est in eum, cujus hortatu, consilio, opera servus quolibet modo deterior factus est, *l. 1. cum seqq. de serv. corr.* Justinianus hoc addit, ut etiam solus conatus & nuda voluntas corrumpendi puniatur, *l. si quis 20. C. d. tit. §. sed etsi 8. sup. de obl. quæ ex del.* Venit in hoc judicium etiam earum rerum æstimatio, quas secum servus abstulit: duplatur enim omne damnum, *l. in boc 10. eod.* De filio filiave familias corruptis utilis actio competit officio judicis æstimanda: quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi, *l. ut tantum 14. §. 1. eod.*

TEXTUS.
In triplum.

24. *Tripli verò agimus, cùm quidam majorem vera æstimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac causa viatores, id est, executores litium ampliorem summam sportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur; ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio introduxit, quæ in nostro Codice fulget, quam proculdubio certum est, ex lege condictitia emanare.*

COMMENTARIUS.

UNa actio in triplum hic commemoratur lege Justiniani constituta adversus eos, qui majorem summam vera æstimatione in libello conventionis inserunt dolo malo, qui viatores, id est, apparitores seu litium executores, *§. seq. inf. l. 5. §. ne tamen 13. de reb. cor. qui sub tut.* majores sportulas consequantur. Constitutio hæc Justiniani temporum injuria intercidit.

Libello conventionis) Libellus conventionis dicebatur id scriptum, quo actor petitionis suæ rationem & speciem futuræ litis in judicio exprimebat, qui libellus postea ad absentem per oratorem mittebatur,

Ampliorem summam sportularum) Sportulas appellat mercedes sive salaria executorum, quæ Græcis ἐκβιβαστικὰ, ut planè constat, ex *l. omnes 33. §. executoribus 5. C. de Episcop. & Cler. l. in sacris 12. C. de prox. sacr. scrin. lib. 12. l. ult. C. de fruct. & lit. exp.* Quanta portio pro sportulis constituta fuerit, incertum est. Illud ex hoc loco intelligimus, pro modo quantitatis petitæ ad certam summam & à reo exigi solitas. Quod de consuetudine non amplius observari notum est. Gudelin. *lib. 4. cap. 5. in fin.* De sportulis earumque vario usu vid. Fr. Juret. *in not. ad Symmacb. lib. 4. epist. 55.* & Bachov. *ad bunc §.*

In triplum ab actore) Datur hæc actio reo in minorem summam, quàm quæ petita fuit, condemnato adversus actorem, qui plus libello comprehendit, quàm ei debetur, ut via-

to-

tores hac occasione plus etiam sportularum nomine exigerent. Triplatur autem quod supra constitutum modum sportularum per hanc occasionem exactum est, sed ita, ut in triplo etiam illud ipsum contineatur. Pœnam hanc primus Justinianus in proposita specie introduxit: nam jure veteri, qui plus quovis modo petiissent, causa cadebant, id est rem amittebant, §. *si quis* 33. *in pr. & fin. inf. eod.*

Quam proculdubio certum est ex lege condictitia emanare) Locus hic proculdubio mendosus est, & sic cum Ruffard. Cont. Cujac. qui etiam ad liberos veteres provocant, restituendus: *Ex qua proculdubio certum est ex lege condictitiam emanare.* Ut sit sensus, hanc in triplum actionem ex constitutione Justiniani esse condictitiam ex lege, sive ejusmodi actione, quæ condictio ex lege dicitur. Nam quoties nova lege obligatio introducitur, nec cavetur, qua actione experiendum sit, lege agitur, *l. un. de cond. ex leg.* Atque hoc modo Theophilum quoque apud Justinianum legisse, ex *paraphrasi* ejus apparet.

TEXTUS.

In quadruplum.

25. *Quadrupli autem agitur; veluti furti manifesti; item de eo, quod metus causa factum sit: deque ea pecunia, quæ in hoc data sit, ut is, cui datur, calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege contradictitia nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam à reis quicquam egerint.*

NOTÆ.

25. *Calumniæ causa negotium*) *L.* 1. *l.* 3. *de calumn.* Et hæc item actio mixta est conjunctim pœnam & rem persequens, *l.* 5. §. 1. *d. tit.* Est autem negotium alicui facere calumniæ causa, judicio calumnioso aliquem vexare. Quint. *lib.* 5. *cap.* 12.

Ex lege condictitia nostra constitutio) Leg. *Ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur.* Ex lege condictitia, id est, condictitia actio ex lege, quomodo & Theoph. hunc locum interpretatur. Hanc actionem & ipsam mixtam esse apparet ex *Nov.* 124. *cap.* 3.

COMMENTARIUS.

Recensentur hic quatuor actiones, quæ sunt in quadruplum, furti manifesti, quod metus causa, de calumnia, adversus executores litium, qui plus constituto sportularum nomine exegerint. Addamus & quintam, vi bonorum raptorum. Prima actio merè pœnalis est: reliquæ mixtæ, ut in quadruplo comprehendatur etiam ejus, quod abest aut interest, persecutio.

De eo, quod metus causa) Quod metus causa gestum est, prætor ratum non habet, & hoc amplius, si, quod ex ea causa aberit, arbitrio judicis non restituatur, in quadruplum judicium pollicetur, *l. item si* 14. §. 1. *quod met. caus.* Quadruplatur id omne, quod restitui oportet, sic tamen ut in hoc quadruplo & simplum insit. Quippe mixta est hæc actio, non solius pœnæ persecutoriæ, *l.* 14. §. *sed & si* 9. *cum* §§. *seqq.*

Ut calumniæ causa negotium alicui faceret) Negotium alicui facere calumniæ causa, est, judicio calumnioso aliquem vexare. In eum, qui ut calumniæ causa negotium faceret, vel etiam ut non faceret, pecuniam accepisse dicitur, actio in quadruplum ejus pecuniæ, quam accepit, competit, *l.* 1. *l.* 3. *de calumniat.* Et hæc item actio mixta est, conjunctim pœnam & rem persequens, *l.* 5. §. 1. *d. tit.*

Item ex lege condictitia nostra constitutio) Hujus etiam loci lectionem vitiosam esse certum est. Apud Justinianum haud dubiè ita scriptum fuit: *Item ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur.* &c. Ex lege condictitia, id est, condictitia actio ex lege, quæ ex constitutione Justiniani oritur in facti specie hic proposita: quomodo hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

In quadruplum imponens executoribus litium) Constitutio, cujus meminit §. præcedenti, actori, cujus fraude factum, ut executor plus debito exigeret, tripli pœnam imponit: illa, cujus hic mentio, in executores directa est, qui ipsi in exigendis sportulis summam definitam dolo malo excesserunt, data actione in quadruplum, quam & ipsam mixtam esse apparet *Nov.* 124. *cap.* 3. ubi Justinianus constituit, ut simplum reddatur ei, qui damnum passus est, triplum autem inferatur ærario. Quod quidam tradunt, etiam hodie, ubicumque lege vel decreto Curiæ nuntiis & apparitoribus certa summa pro sportulis constituta, si quid ultra exegerint, hac in quadruplum actione conveniri posse, constat, usu non observari.

TEXTUS.

Subdivisio actionum in duplum.

26. *Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti à cæteris, de quibus simul locuti sumus,*

mus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt: at istæ, (id est, damni injuriæ ex lege Aquilia, & interdum depositi) inficiatione duplicantur: in confitentem aut in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solùm inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem, usquequo jussu magistratuum conveniatur. In confitentem verò, antequam jussu magistratuum conveniatur, solventem, simpli redditur.

Subdivisio actionum in quadruplum.

27. *Item actio de eo quod metus causa factum sit à cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod ejus natura tacitè continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur: quod in cæteris casibus non est ita, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod est & in furti manifesti actione.*

NOTÆ.

26. *Omnimodo dupli*) Id est, sive reus fateatur, sive inficietur, Theoph.

In confitentem in simplum) Potest itaque hìc reus evitare pœnam confitendo.

27. *Ut qui jussu judicis*) In actione quod metus causa reo convento pœnam evitare conceditur rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo, *l.* 14. §. 1. *quod metus causa.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones omnes apud nos videri rei persecutorias.*

NOtatur hìc nonnulla differentia, quæ est inter actiones pœnales, tum quæ sunt in duplum, tum quæ in quadruplum. Non omnes enim simpliciter, & omnimodo in duplum aut quadruplum conceptæ sunt, sed quædam conditionaliter, & ita, ut reo pœnam evitare liceat. Omnimodo in duplum sunt actio furti manifesti, servi corrupti, & si quæ sunt aliæ simpliciter in duplum constitutæ: quippe quæ omnes ita constitutæ intelliguntur, ut semper & statim pœna exigi possit, nec dupli cond mnatio evitari. Non statim & simpliciter in duplum sunt, actio legis Aquiliæ, depositi miserabilis, de legato venerabilibus locis relicto: namque has ab initio & in confitentem placet in simplum tantùm dari, duplicari autem inficiatione, postremam etiam frustratione & dilatione solutionis, usque dum reus judicio conveniatur, *hoc text.* §. *vi autem* 19. *sup. eod.* Omnimodo in quadruplum sunt actio furti manifesti, vi bonorum raptorum, de calumnia, de sportulis adversus executores litium, &c. Una tantùm ex hoc genere excipitur actio quod metus causa, in qua reo convento pœnam evitare conceditur, rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo. Quod si reus judici jubenti rem restitui non pareat, hanc contumaciæ suæ pœnam patitur, ut in quadruplum condemnetur, *h. text.* §. *item actio* 27. *l. item si* 14. §. 2. & 4. *quod met. caus.* Est & alia, & quidem inter pœnales omnes, differentia: quod scilicet quædam sint merè pœnales, quædam mixtæ, sed illa superius explicata est, §. *ex malef.* 18. & *seq. hoc tit*, VINN. Intereat hic monere, cur Justinianus hìc dicat in actionis quod metus causa *natura tacitè hoc contineri*, ut, qui jussu judicis rem restituat, absolvatur, si non pareat, condemnetur in quadruplum. Ratio est, quod hæc actio est arbitraria. Harum autem actionum ea est natura, ut judici ex æquo & bono æstimare liceat, quantum reum dare facere oporteat, si verò arbitrio non pareat reus, condemnatio in majus fieri possit. Quod ἰδικῶς ἐγκεῖσθαι ταῖς ἀγωγαῖς, *his actionibus proprium esse, observat* Theophil. *ad* §. 31. *hoc tit.* HEIN. Apud nos omnes actiones sunt rei persecutoriæ, & in simplum conceptæ, quia pœnæ pecuniariæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt, & solus fiscus pœnas ob vindictam publicam persequitur judicio criminali. Privatis tantùm potestas est ejus quod sibi abest persequendi judicio civili. Jo. Imbert. in *enchirid. jur. script.* Baro *ad tit. sup. de obl. quæ ex del. comm. part.* 2. Gudelin. *de jur. nov.* 3. *cap.* 13. Groenew. *de ll. abr. ad rubr. C. de pœn.* & ibi laudati. Excipienda tamen videtur actio injuriarum, qua ex morte fori nunc duplex emenda petitur, honorabilis & profitabilis, ut loquuntur. Vid. *sup. ad* §. 10. *de injur.*

TEXTUS.

Divisio quarta de actionibus bon. fid.

28. *Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito; locato, conducto; negotiorum gestorum; mandati, depositi, pro socio, tutelæ; commodati; pigneratitia; familiæ erciscundæ; communi dividundo, præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit; & hæreditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hæreditatis petitio esset, an non; nostra tamen constitutio apertè, eam esse bonæ fidei, disposuit.*

No-

Notæ.

28. *Quædam bonæ fidei*) Id est, liberæ potestatis judicis, conclusæ tamen intra regulam bonæ fidei. Cic. *in Top. & 3. de off.* Sen. 3. *de benef. & 2. de Clem.*

Quædam stricti juris) Strictæ, stricti judicii, *l. 5. §. ult. de in lit. jur.* in quibus potestas judicii formulæ adstricta est. Sen. 2. *de Clem. cap. ult. Clementia liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex æquo & bono judicat.*

Bonæ fidei sunt hæ) Οριςικῶς. Unde intelligimus, & omnes quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, & solas. Cæteræ sunt stricti juris, utique si non sint arbitrariæ. De quibus *infra* §. 1.

Præscriptis verbis) Non omnes, sed illæ duæ dumtaxat, æstimatoria, & ex permutatione, propter affinitatem, quam habent cum emptione, *l. 1. de æstim. act. l. 1. de contr. empt.*

Nostra constitutio eam esse ex bon. fid.) *L. ult. C. de pet. hær.* Ratio est, quia petitio hæreditatis, etsi actio est in rem, habet tamen quasdam præstationes personales, *l. 25. §. propen. D. eod.* propter quas ad naturam actionis negotiorum gestorum accedit, & mixta personalis dicitur, *l. 7. C. eod.*

Commentarius.

1 *Removetur duplex contra propositam divisionem objectio.*
2 *Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic dictæ?*
3 *Quæ actiones stricti juris, & unde sic appellatæ?*
4 *Multæ & insignes horum generum differentiæ; & an quæ earum adbuc maneant?*
5 *Bonæ fidei nullas esse, præter eas, quæ hic recensentur.*
6 *Actio finium regundorum cur hic omissa?*
7 *Cur duæ præscriptis verbis æstimatoria, & quæ ex permutatione competit, bonæ fidei?*
8 *De petitione hæreditatis cur dubitatum?*

Duæ præcedentes divisiones ostenderunt, quid & quantum petere liceat pro ea quantitate, quæ aut conventione aut certo jure definita est. Proponitur hic alia, quæ docet, quid quantumcumque amplius petere liceat pro potestate & officio judicis, nulla conventione aut certo jure definitum, quod potissimum in fructibus, usuris, & reliquis accessionibus rei petitæ cernitur.

1 *Quædam bonæ fidei, quædam stricti juris*) Divisio hæc duplici vitio laborare videtur. Primum, quod hic aliquæ actiones statuuntur, quæ non sint bonæ fidei, sed stricti juris: deinde quod in hac divisione omittuntur actiones arbitrariæ, quæ tamen tertiam & distinctam à duabus, quæ hic proponuntur, speciem constituere videntur, §. *præterea* 31. *infr. eod.* Quod quædam actiones dicuntur esse stricti juris, id non videtur convenire constitutioni Constantini in *l. placuit* 8. *C. de judic.* ubi Imp. ait placere, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quàm stricti juris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique & in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur, quod generaliter constitutum est in *l. 4. C. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Nam si in contractibus omnibus bona fides spectatur, etiam in actionibus omnibus certè iis, quæ ex contractu proficiscuntur, pariter bona fides spectanda. Cæterum neutrum propositæ divisioni obstat. Non primum, quia in *d. l. placuit* 8. juris verbum jus constitutum significat, quomodo dicimus, jus gentium, jus civile. Hoc jus si summum est, seu, ut in constitutione nominatur, strictum, id est, si verbis tantùm nititur contra sententiam & rationem legis, numquam sequimur, sed æquitatem, id est, mentem & sententiam legislatoris. Atque hoc sensu concedimus, nullas esse actiones stricti juris. At cùm dicimus quasdam actiones esse stricti juris, verbo juris potestas significatur, uti & alibi sæpe: nec aliud est, quasdam actiones esse stricti juris, quàm quasdam esse strictæ, seu adstrictæ potestatis judicis: sicut ex contrario, nihil aliud est, actiones quasdam esse bonæ fidei, quàm quasdam esse liberæ potestati judicis, qui æstimare possit, quicquid est ex bona fide, §. *in bonæ* 30. *infr. eod.* Erratque adeo Theophilus, & cum eo Pacius *in analysi sua*, dum putant, quasdam actiones stricti juris ideo dici, quod in his judex τὸ ἀκριβοδίκαιον, summum & strictum jus sequatur. Ad alterum, quod ex *l. 4. C. de obl. & act.* objicitur, respondeo, in omnibus quidem contractibus spectari bonam fidem; sed non spectatur in omnibus eodem modo. In contractibus & actionibus stricti juris etiam bona fides spectatur, sed secundum communem quamdam æquitatis regulam, hactenus videlicet, ne dolus approbetur, neve quid juris subtilitas adversus bonam fidem æquitatemque valeat, *l. dolo 5. C. de inutil. stipul. l. si quis 36. de verb. obl.* At bonæ fidei actiones non ex eo nomen acceperunt, quod in his communi quodam respectu consideretur bona fides, æquitas, sive quod in his non præstetur, quod sit contra bonam fidem; quamvis id forte subtilitate juris præstandum videatur, sed quod in his summa desideretur æquitas, res tota æsti-

metur ex bona fide, & religioni judicantis permittatur per omnia. Planius & certius hæc intelligentur postea. Sed esto, inquis: illud tamen vitium divisio habet, quod imperfecta & manca est, ut quæ ex tribus actionum generibus inter se distinctis duo tantùm posuit, tertium actionum arbitrariarum omisit. Resp. Esset imperfecta hæc divisio, si Imperator in duobus generibus, quæ hìc proponuntur, constitisset, nec mox adjecisset tertium. Nunc autem cùm statim & continenter unoque ductu divisionis tertiam illam speciem subjiciat, *§. præterea. 31. inf.* perinde id haberi debet, ac si tres species eodem loco proposuisset, & divisio tripartita censeri. An autem actiones arbitrariæ revera constituant novam speciem, à duabus, quæ hìc ponuntur, planè diversam, videbimus sub *d. §. præterea. 31.*

2 Actiones bonæ fidei sunt in quibus libera potestas judici permittitur æstimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. Descriptio totidem pene verbis expressa, *l. 2. §. 3. l. 5. pr. de obl. & act. §. in bonæ. 30. inf. eod.* Duo itaque sunt, quæ judicium bonæ fidei constituunt, libera potestas æstimandi arbitrandive judici tributa, & hæc ipsa potestas intra modum & regulam bonæ fidei conclusa. Ex libera potestate est, quod hæc eadem judicia passim arbitraria vocantur, & judex in his datus arbiter. Ex bona fide, quod appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum: quia in his judiciis omnis æstimatio & condemnatio judicis est ex bona fide, seu in id, quod ex bono & æquo quemque præstare oportet. Putat D. Hotomannus, causam & originem nominis esse ex ipsa formula, eo quod prætor in his judiciis ita jubebat judicari, ut adderet, ex bona fide, ut indicat Cic. in *Top. & lib. 3. de offic.* Sed ut hæc sit causa proxima, atque ut hinc etiam nomen translatum ad contractus, quippe qui & ipsi non minus quàm actio ex his descendens, bonæ fidei appellantur, *l. ex empto. alias l. emptorem. 11. §. ult. de act. empt. l. mora. 32. §. 2. de usur. l. eum qui. 22. de donat. l. in bonæ. 13. C. de pact. l. 3. C. de reb. cred.* & aliis locis: oportet tamen superiorem aliquam causam esse, ob quam prætor in quibusdam judiciis liberam judici potestatem faceret, clausulamque illam ex bona fide adjiceret, in aliis verò judicem adstringeret formulæ. Atque ego omnino existimo, causam hanc accersendam à natura & conditione ipsorum contractuum: nimirum quoniam quidam contractus ita comparati sunt, ut in his interpretandis æquum sit laxiorem judicii potestatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio sit circumscribenda. Prioris generis sunt contractus mutuæ præstationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Posterioris, ubi unus tantùm obligat, & unus obligatur, *arg. tit. de obl. ex cons. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, non tam quid lingua nuncupatum sit, quàm quid æqui bonique ratio utrinque postulet, spectari. Cùm autem unus tantùm obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præstetur, de quo non expressè convenit, aut quod natura contractus non continetur, ex definitione *l. quicquid. 99. de verb. obl. l. 3. de reb. creditis.* Ex hac inquam diversitate contractuum procul dubio est, quod prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam judicii concipiebat, modo laxius adjecta clausula ex bona fide, ut in actionibus descendentibus ex contractu utrinque obligatorio: modo angustius & strictè, ut in actionibus, quæ proficiscuntur ex contractibus *μονοπλεύροις*, veluti ex mutuo, pro mutuo, stipulatione, &c. Hoc idem & Theod. Hermopul. sensisse arguunt verba ejus, quæ legimus *lib. 10. titul. 4. ἐπὶ ςρικτοῦ ἤτοι μονοπλεύρου*, estque hujus rei etiam hoc argumentum: quod idem actionum discrimen, & res ipsa etiam nunc manet, quamvis formulæ & interpretationes actionum sublatæ sint: nimirum quia formulis sublatis nihilominus prima causa discriminis, eadem conventionum diversitas mansit. Porro bonæ fidei esse eas actiones omnes & solas, quæ ex contractibus *διπλεύροις* veniunt, ostendit cum actionum bonæ fidei definitio, tum specierum hujus generis apud Justinianum collectio. Reliquæ, si non sunt arbitrariæ, sunt stricti juris, sive ex contractu sive ex delicto descendant. Ex his simul intelligi potest, 3 quæ sint actiones stricti juris, nimirum illæ, *in* quibus potestas judicis formulæ adstringitur, seu iis rebus, in quas prætor jubebat condemnationem fieri. Sic enim, verbi causa, in his actionibus formulam judicii concipiebat, *Si paret Mævium Sempronio centum ex stipulatu debere, tum Mævius damnetur.* Hæ, inquam, actiones dictæ sunt stricti juris, item stricti judicii, quia in his judex non plus poterat, quàm formula exprimebat qua de causa nec judici in his dato nomen arbitri convenit, nec judicio nomen arbitrii. Quod discrimen respiciens Seneca *l. 3. de benef. cap. 3. Melior*, inquit, *videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quàm si ad arbitrium mittatur: quia illum for-*

mu-

mula includit, *& certos*, *quos non excedat*, *terminos ponat*, *hujus libera & nullis constricta vinculis religio est.* Idem Seneca *lib. 2. de Clement. cap. ult.* ad hanc judiciorum differentiam alludens, *Clementia*, inquit, *liberum arbitrium habet*, *nec sub formula*, *sed ex bono & æquo judicat.* Ex hoc autem fonte, quod judex in bonæ fidei judiciis omnia libere ex æquo & bono æstimat, in strictis formulam præcisè sequi tenebatur, natæ sunt multæ & insignes horum generum differentiæ, quæ certo jure nunc comprehensæ sunt, & Jurisconsultorum disputationibus notatæ. Bonæ fidei judiciorum propria sunt maximè hæc. 1. Quod in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præstandis nihil convenit, si ut præstentur ratio bonæ fidei exigat; veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat, cæteraque, quæ sunt moris & consuetudinis, *l. quod si nolit.* 3. §. *quia assidua.* 20. *de ædil. edict.* item incommoda reticentia aut dissimulatione unius alteri illata, verbi causa, si venditor celet emptori vitium aliquod, aut quid aliud, quod scire emptoris interest, aut si fallendi causa obscurè loquatur, aut malitiosè dissimulet, non evitabit actionem ex empto, quæ bonæ fidei est, sed in id omne, quod emptoris interest, condemnabitur, *l. 1. §. 1. l. Julianus.* 13. *pr. l. si sterilis.* 21. §. 1. *l. in venditione.* 41. *de act. empt. l. ea quæ.* 43. §. *ult. de contr. empt. l.* 1. §. 1. *& pass. tot. tit. de ædil. edict.* nempe in judicio bonæ fidei semper dolus malus præstatur, etsi nominatim cautum non sit, eum abesse absuturumque esse, *l. 6. in fin. de act. empt. d. l. ea quæ.* 43. *l. si cum fundum.* 68. §. 1. *de contr. empt.* tantumque valet officium judicis, quantum in stipulatione nominatim: facta ejus rei interrogatio, *l. 7. de neg. gest.* 2. Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maximè contrarius est, *l. 3. §. ult. pro soc. l. 5. C. de resc. vend.* ideo si quid in his contractibus gestum sit ab initio dolo malo, id ipso jure non valet; ut puta nulla est venditio, si quis in hoc circumscriptus sit, ut venderet, *l. eleganter.* 7. *de dol. mal.* Ipso jure nullius momenti est societas, si dolo malo, aut fraudandi causa inita sit, *l. 3. §. ult. pro soc. l. in causæ.* 16. §. 1. *de minor.* Et hoc est, quod vulgo interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei causam dat, contractum ipso jure nullum esse, nullamque ex eo actionem nasci. Secus autem est in dolo incidenti, qui purgatur actione ipsius contractus, aut exceptione, si conveniatur, qui dolum passus est, *l. 13. §. 4. & seqq. de act. empt. l. 2. C. eod. dict. l. & eleganter.* 7. §. 3. *de dol. mal.* qua de re consule Bachovium *disp. 6. de act. thes.* 16. *& seq.* ubi tamen sententiam communem restringit ad contractus, qui solo consensu constant, quasi in cæteris interventus rei impediat, quominus actus sit ipso jure nullus. De metu non idem, quod de dolo, statuendum, apparet ex verbis edicti *de eo quod met. caus.* & textu expresso in *l. 4. & 5. C. de his qui met. caus.* de quo item adi Bachov. *d. loc.* & nostra *lib. 1. sel. quæst.* 12. 3. Quod ex causa contractuum bonæ fidei non liberetur debitor rem reddens deteriorem, sed adhuc integra adversus eum vetus actio maneat, *l. 3. §. 1. commod. l. 1. §. si res.* 16. *depos.* 4. Quod in bonæ fidei judiciis post moram etiam accessiones officio judicis præstentur, in pecunia usuræ, in certis rebus fructus. De usuris disertè hoc traditum est in *l. mora.* 32. §. 2. *de usur.* Ergo de fructibus idem dicendum: quoniam si ideo usuræ in bonæ fidei contractibus ex mora præstantur, quia vicem fructuum obtinent, ut disputat Jurisconsultus *in l. usuræ.* 34. *de usur.* fructuum quoque eamdem conditionem esse oportet, *fac. text. in l. 3. in pr. eod.* nam actio ex testamento in his, quæ ex mora præstantur, imitatur naturam actionum bonæ fidei, *d. l. usuræ.* 34. *de usur. l. 3. C. in quib. caus. in int. rest.* 5. Quod in judiciis bonæ fidei necesse non est exceptionem initio litis contestari, sed satis sit quandoque ante rem judicatam exceptionem objici, qua deinde probata officio judicis convenit reum absolvere. Non est huic contrarium quod dicitur, ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse, *l. ut fundus.* 18. *comm. divid.* Nam in bonæ fidei judiciis vi ipsa & potestate judicii exceptiones in judicium deduci intelliguntur, cùm his judex judicare jubeatur ex æquo & bono; idque veteres significant, cùm ajunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri, & si non excipiatur, satis per officium judicis consuli, *l. 3. de resc. vend. l. sed si ideo.* 21. *in fin. sol. matr. l. hujusmodi.* 84. §. *qui servum.* 5. *de legat.* 1. *l. planè.* 38. *l. ult. de hæred. petit.* In judiciis stricti juris omnia hæc contra se habent. In his enim ea demum præstantur, de quibus nominatim convenit nihil amplius, *l. quicquid.* 99. *de verb. obl.* nisi sit, quod natura negotii contineatur, *l. 3. de reb. cred. l. indebiti.* 15. *de cond. ind.* Qua de causa in strictis judiciis non veniunt ea, quæ sunt moris & consuetudinis, per *d. l. quod si nolit.* 31. §. *quia assidua.* 20. *de ædil. edict.* Ubi non expressè clausula de dolo stipulationi inserta est, vel separatim de dolo cautum, deficit actio ex sti-

stipulatu, & de dolo agendum est, *l. & eleganter.* 7. §. 3. *in fin. de dol. mal.* Subsistit ipso jure stipulatio & semper excipiendum est, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *l. si quis* 36. *de verb. obl. l. dolo.* 5. *C. de inut. stipul.* In re deteriore facta, quæ ex contractu stricti juris, veluti ex stipulatu, debita fuit, placet promissorem eam præstando vetere actione liberari, & si quid dolo in ea fecit, teneri actione de dolo, *d. l.* 7. §. 3. *de dol.* De usutis jus certum est, has in stricti juris contractibus ex mora non deberi, cùm ut debeantur ex mora, id bonæ fidei judiciis tantùm tribuatur, *l. mora.* 32. §. 2. *de usur. l.* 5. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Sed & disertè traditum est, in strictis judiciis citra vinculum stipulationis usuras peti non posse, *l. Titius.* 24. *de præscr. verb. l.* 3. *C. de usur.* Quare nec post litem contestatam in his judiciis currere incipient, *l.* 1. *C. de cond. ind.* Nam quod dicitur in *l. lite.* 35. *de usur.* lite contestata, usuras currere, id non hanc habet sententiam, usuras post litem contestatam incipere currere, seu incipere deberi, sed debitarum cursum lite contestata non retardari, deberi cœptas post litem contestatam perseverare, *l.* 1. *C. de judic.* de quo dubitari poterat, propterea quod novatione facta, usuræ non currunt, seu cursus usurarum sistitur, *l. novatione.* 18. *de nova:.* litis autem contestatio novationem quamdam inducit, *l. delegare.* 11. §. 1. *l. aliam.* 29. *d. tit. l.* 3. §. *idem scribit.* 11. *de pecul.* Sed responsum est, aliam esse causam novationis voluntariæ, aliam judicii accepti: quoniam nemo actionem exercens conditionem suam deteriorem facit, *d. l. aliam.* 29. add. Don. *hic. n.* 31. Perez. *ad tit. C. de usur. num.* 22. De fructibus in strictis actionibus hoc observatur, ut si quis actionem habeat ad consequendum, quod ejus non fuit, veluti ex stipulatu fructus non consequatur, etiam si mora facta sit: post acceptum autem judicium etiam fructuum ratio habeatur, quia omnis causa restituenda est, *l. videamus.* 38. §. *si actionem* 7. *de usur.* In iis autem actionibus, quibus repetimus quod nostrum fuit, cujusmodi sunt condictiones earum rerum, quæ à nobis profectæ sunt, ut condictio ob causam datorum, condictio indebiti, sine causa, &c. fructus, ex quo primum tempore res accepta est, una cum re restituendi sunt ex ipsius negotii natura & quasi lege, *l. indebiti.* 15. *de cond. ind. d. l. videamus.* 38. §. 1. *& aliquot seqq.* Don. *de fructib. c.* 1. Planè in actione ex testamento, quæ natura sua stricti juris est, *l.* 5. *in fin. cum. l. seq. de in lit. jur.* favore ultimæ voluntatis placuit usuras & fructus venire ex mora ad instar bonæ fidei judiciorum, *l.* 3. *l. usuræ.* 34. *de usur. l.* 3. *C. in quib. ca. in int. rest.* Denique in strictis judiciis necesse est exceptionem initio litis contestari, & vel reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel à dubitante tantisper omissam, donec actor intentionem suam probavit, antequam sententia feratur, *l.* 9. *C. de præsc. long. temp. l.* 8. *& l.* 9. *C. de exc.* Non contestatam postea objicere non licet, de quo fusius alibi. Sunt & aliæ horum generum differentiæ, veluti quod in bonæ fidei judiciis præstentur etiam fructus percepti eo tempore, quod judicatis datur: in strictis autem hoc tempus à fructuum perceptione immune sit, *l.* 3. *pr. &* §. 1. *de usur.* Quod in illis in ineunda rei deperditæ æstimatione tempus rei judicatæ spectetur: in his tempus litis contestatæ, *l.* 3. §. 2. *commod.* Quod in illis juretur in litem, in his non item, nisi in casu singulari, *l.* 5. *pr. &* §. *ult. cum l. seq. de in lit. jur.* Proferuntur præterea & aliæ quædam ab aliis sententiæ, quas ideo prætermitto, quia non usque adeo explorati juris sunt. Apud nos tota hæc judiciorum distinctio generali desuetudine pene deleta est, & genera actionum sic confusa, ut omnes vi & effectu nunc videantur esse bonæ fidei. Illud tamen discrimen adhuc manet, quod quamvis usuræ in bonæ fidei judiciis debeantur ex mora, in strictis tamen non debeantur, nisi à tempore litis contestatæ. Fructuum autem, quorum causa favorabilis, in utroque genere eamdem esse præstationem accepti: quod sanè in Gallia expressè sancitum. Inbert. *in enchirid. verb. evictione an liceat.* Rebuff. *ad const. Reg. tom.* 3. *tract. de fruct. art.* 1. add. Baro. *inst. de off. jud. comm. part. art.* Gudelin. 3. *de jur. noviss. cap.* 13. Groenevv. *de leg. abr. ad h.* §.

5 *Bonæ fidei sunt hæ; ex empto, vendito, &c.*) Observandum est, quod non ait, *Bonæ fidei sunt, veluti ex empto, vendito, &c.* ut sic, cùm exempli gratia quædam proferuntur: sed *ἰριγικῶς*, *bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito,* & quæ sequuntur, indicans, se eas omnes, quæ sint hujus generis, ex professo recensere. Ex eo enim intelligimus, non tantùm actiones omnes, quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, sed etiam præter has bonæ fidei nullas esse: cæterasque, si arbitrariæ non sint, de quibus §. *præterea.* 31. esse stricti juris. Et igitur in hoc numero sunt actio ex stipulatu, ex testamento, *l.* 1. §. *ult. & l. seq. de in lit. jur.* ex causa donationis, *l. eum qui.* 22. *de donat.* condictio indebiti, *l.* 1. *C. de cond. ind.*

&

& condictiones reliquæ. Item actiones pœnanales ex maleficiis, & generaliter omnes, quæ hic non nominantur. Non obstat, quod nonnullæ actiones, quarum hic mentio non fit, dicantur oriri aut introductæ esse ex bono & æquo: ut condictio indebiti, *l. pen. cond. ind.* actio funeraria, *l. & si quis.* 14. §. *hæc actio.* 6. *de relig.* actio injuriarum, *l.* 11. §. 1. *de injur.* item actio præscriptis verbis de precario, *l.* 2. §. 2. *de precar.* Nam actiones bonæ fidei non ideo ullæ dicuntur, quia initium eas constituendi fit ex bono & æquo: sed quia, ut supra diximus, in his omnia ex bona fide dijudicantur, tam quæ præstanda sunt, quàm quæ non sunt præstanda: quod non fit in aliis, quàm quæ hic commemorantur. Planè actio funeraria inter bonæ fidei judicia numerari videtur, *d. l. & si quis* 14. §. *idem Labeo.* 13. *de relig.* ubi Ulpianus ait, judicem hic solutius æquitatem sequi, cùm hoc ei natura actionis indulgeat: nam in strictis judiciis judex non solutè judicat, sed adstringitur formulæ: ut proinde existimem, actionem funerariam inter judicia bonæ fidei computandam. Sed nego, eam hic prætermissam esse: numeratur enim inter bonæ fidei judicia actio negotiorum gestorum, cujus actio funeraria species quædam est, ut adjectio, *arg. l.* 1. *d. l. & si quis.* 14. §. *sed interdum.* 7. §. *fortassis.* 9. §. *si quis.* 11. *& d.* §. *idem Labeo.* 13. *de relig.* Illud enim in universum tenendum est, actiones, quæ hic enumerantur, ita solas bonæ fidei censendas, ut illæ dumtaxat excludantur, quæ planè sunt diversi generis; non etiam illæ, quæ adjectitiis tantùm qualitatibus ab aliis distinguuntur, aut sub enumeratis tanquam species sub genere comprehenduntur. Nullum certè dubium est, qui nomen bonæ fidei tam conveniat actionibus contrariis, negotiorum gestorum, mandati, depositi, commodati, tutelæ pigneratitiæ, quàm directis ex iisdem causis: & quin per enumeratas non solùm directæ intelligantur, sed etiam quæ ex similibus causis sunt utiles, veluti negotiorum gestorum adversus curatorem, *l.* 3. *C. de transact.* Eademque ratione & actionem pro tutela, & bonorum possessoriam hæreditatis petitionem, & petitionem hæreditatis fideicommissariam, rectè dicimus esse actiones bonæ fidei, *arg. l.* 1. §. *pen. de eo qui pro tut. l.* 1. *de poss. hær. pet.* Eo amplius & actio exercitoria & institoria ex contractu bonæ fidei cum magistro navis aut institore inito, item de peculio ex eadem causa bonæ fidei censendæ. Postremo eodem numero habenda & actio emphyteuticaria, quia olim ex vendito aut locato erat: nam Zeno contractum emphyteuticum à venditione & locatione separando vim ejus veterem non minuit, sed auxit, *l.* 1. *C. de jur. emphyt. fac.* §. 3. *sup. de locat.*

Ex empto, vendito) Actiones omnes ex contractibus nudi consensus bonæ fidei sunt, ut ex empto, vendito, locato, conducto, pro socio, mandati: quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuit, *sup. tit. de obl. ex cons. l.* 2. *de obl. & act.*

6 *Familiæ ercifcundæ communi dividundo*) Alibi passim tria hæc judicia propter similitudinem, quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ ercifcundæ, communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum consulto prætermissum, quia hoc judicium à cæteris in eo discrepat, quod causam non continet bonæ fidei judicii. Nam illa familiæ ercifcundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gesto, & quasi ex contractu. In finium autem regundorum judicio solus sibi rem gerit, qui convenitur, magisque ex delicto aut quasi ex delicto hæc actio esse videtur, quàm quasi ex contractu: qua de causa etiam obligatio, unde hæc actio nascitur, omissa est *tit. de obl. quæ quas. ex contr.* Est igitur aut stricti juris, aut quod magis probo cum Ant. Fab. *dec.* 49. *err.* 1. arbitraria: quoniam pro vindicatione est, *l.* 1. *fin. reg. fac. l.* 4. §. 3. *eod.* & quod nomen arbitri in quæstione finium usurpatur.

7 *Quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione*) Ex actionibus præscriptis verbis duæ tantùm hic proponuntur, quæ sint bonæ fidei, actio æstimatoria, & quæ ex contractu permutationis competit. Unde rectè vulgo interpretes concludunt, cæteras præscriptis verbis esse stricti juris. Cur duas illas placeat esse bonæ fidei, singularis ratio est, quam suggerunt *l.* 1. *de æstim. act. l.* 1. *de contr. empt.* In illa refert Ulpianus, dubitatum fuisse, cùm res æstimata vendenda datur, utrum hæc conventio esset venditio, an locatio, an denique mandatum: qui contractus omnes cùm sint bonæ fidei, merito quæ hìc dubitationis tollendæ causa introducta est actio præscriptis verbis, bonæ fidei censeri debet. In hac ostendit Paulus, tantam esse inter emptionem & permutationem affinitatem, ut Cassius & Sabinus existimaverint, permutatione rerum etiam emptionem & venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungi: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, locum non inveniunt. Videsis D. Bachov. *disp.* 6. *de act. thes.* 8.

Hæ-

8 *Hæreditatis petitio*) Petitioni hæreditatis, cùm ea sit actio in rem, *l. 25. §. propen. de hæred. petit. l. 1. de rei vind.* non videtur convenire hæc qualitas ut reputetur actio bonæ fidei: siquidem qualitas illa propria est actionum in personam, & earum fere, quæ ex negotio mutuo gesto nascuntur: quale nullum geritur inter hæredem & possessorem hæreditatis. Atque haud dubiè hac ratione moti nonnulli veterum eam à classe judiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei judicia numerandam esse censuerunt, propterea quod in judicio petitionis hæreditatis res ad negotiorum gestorum naturam proxime accedit. Constat enim, possessori hæreditatis committi rerum hæreditariarum administrationem: unde fit, ut licet petitio hæreditatis sit actio in rem, multas tamen habeat præstationes personales, ut puta eorum, quæ à debitoribus exacta sunt; item pretiorum rerum venditarum; item eorum, quæ possessor creditoribus solvit, vel in hæreditate impendit, *d. l. 25. §. antep. l. item veniunt. 20. l. planè. 38. de hæred. petit.* quæ omnia quodammodo actione in personam, & veluti ex negotio gesto repeti videntur: unde etiam mixta personalis hæc actio appellatur, *l. 7. C. de pet. hær.* Posteriorem sententiam, quæ etiam plurium fuisse videtur, & jam ante recepta, *arg. d. l. 38. de hær. pet.* confirmavit Justinianus *l. ult. fin. C. eod.*

TEXTUS.

De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa.

29. *Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: sed cùm pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, merito rei uxoriæ actione sublata ex stipulatu actio, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantùm in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit: sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cùm ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.*

NOTÆ.

29. *Sed & tacitam hypothecam*) Quatuor singularia hic á Justiniano constituta. 1. ut actio est stipulatu mulieri detur, quamvis nulla stipulatio de dote reddenda inte posita. 2. ut actio illa in hoc casu sit bonæ fidei. 3. ut adjunctam habeat hypothecam bonorum mariti, *d. l. un. §. 1. 4.* ut ex hac causa mulier præferatur omnibus aliis creditoribus, quamvis antiquiorem hypothecam habentibus, *l. ult. qui pot. in pign. Nov. 97. c. 3. & 4.*

Cujus solius providentia) His verbis excluduntur tantùm hæredes mulieris extranei, *d. l. un. §. 6.* Etenim privilegium dotis ad liberos transit, *d. l. ult. vers. exceptis. Nov. 91.*

COMMENTARIUS.

1 *Soluto matrimonio quis qua actione dotem olim repetebat, & quid hic novi à Justiniano?*
2 *Actio ex stipulatu quam ob causam plenior visa quàm rei uxoriæ?*
3 *Singularia, quæ circa actionem de dote ex stipulatu Justinianus constituit.*
4 *Iniquum plerisque visum, mulierem præferri expressam anteriorem hypothecam habentibus; & quid hic juris apud nos?*
5 *An liberi idem privilegium habeant, quod mater?*

Soluto matrimonio dotis repetitio est, nisi convenerit, ut mortua in matrimonio muliere, dos remaneat apud maritum, *l. 32. de pact. dot.* Si mulier suo nomine dotem dederit, ipsi soli repetitio competit, *l. un. §. accedit. 13. C. de rei ux. act.* Idem est, si extraneus nomine mulieris, nisi statim stipulatus aut pactus sit dotem sibi reddi, *l. 9. in fin. C. de pact. tam sup. dot.* Profectitiam pater adjuncta filiæ persona petit, *l. 2. §. 1. solut. matr.* ipsa sola, si emancipata est, *l. si socer. 44. eod. l. pater. 71. de evict.* Mortua in matrimonio filia, sive emancipata, sive in potestate, solus pater jus petendi habet, *l. 5. in pr. & §. 1. l. 6. de jur. dot. l. 21. solut. matr. l. 4. C. eod.* Patre mortuo dotis exactio filiæ manet, eaque mortua ad hæredes ejus transmittitur, *d. l. un. §. 4. & 6.* Dotem adventitiam filia emancipata petit sola, filiaf. cum patre: mortua filia apud maritum remanet, nisi, ut redderetur, convenerit, *d. l. un. §. accedit 13.* Quod si pater dotem sibi reddi stipulatus sit, patris solius actio propria est, *d. l. un. §. & hoc. 14.* Pro repetenda autem dote duplex jure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxoriæ, atque insuper actio ex stipulatu, si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc stricti juris, sed firmior, multisque in rebus plenior & utilior, quæ causa est, quod Justinianus priorem sustulit, & quod in ea melius erat, transtulit in actionem dotis ex stipulatu, *d. l. un. C. de rei ux. act.* ubi constituit, ut quamvis

vis mulier dotem sibi reddi stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque si stipulatio revera & utiliter intervenisset, utique ex hac causa actio ex stipulatu, quæ jure communi stricti judicii est, bonæ fidei fit. Adjecit & de hypotheca, ne quid hìc deesset mulieri ad omnem cautionem, *in pr.* §. 1. & 2. *d. l. un.*

Una ex bonæ fidei judiciis) Antiqua rei uxoriæ seu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, *l. sed & si* 21. *de solut. matr.* ubi Ulpianus ait, doli exceptionem inesse de dote actioni, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis. Ex Cicerone quoque in *Top. & lib.* 3. *de offic. cap.* 17. discimus, in hujus actionis formula hæc verba usurpata fuisse, *Quantum æquius melius*. Cujus etiam vestigia existunt in *l. penult.* §. *ult. solut. matr. l. si cum* 82. *de solut.*

2 *Pleniorem esse ex stipulatu*) Actionem ex stipulatu ideo pleniorem fuisse dicit, quia nonnihil habebat præcipui, & quædam commoda, quæ non erant in actione rei uxoriæ. Nam si mulier dotem sibi reddi stipulata erat, non erat locus edicto *De alterutro*, dotemque simul & legatum sibi à marito relictum petere poterat, cùm absque stipulatione alterutrum tantùm ex edicto consequeretur, præsumente auctore edicti, legatum in compensationem dotis relictum, *d. l.* 1. *un.* §. 3. *C. de rei ux. act.* Sed & quæ actioni rei uxoriæ obstabant exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas, & donatas, & impensas, *l. rei* 15. §. 1. *solut. matr.* non obstabant muliere agente actione ex stipulatu, *d. l. un.* §. *taceat* 5. Ad hæc, stipulatione non interposita, dos adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud maritum remanebat; actio autem ex stipulatu ad hæredes mulieris transmittebatur, *d. l. un.* §. *maneat* 4. & §. *illo* 6. Postremo rebus fungibilibus in dotem datis etiam hoc commodum erat actionis ex stipulatu, quod data quantitas hac actione statim exigi poterat, & restituenda erat, cùm in actione rei uxoriæ quantitatis repetitio dilationem haberet, ut demum annua, bima, trima die redderetur, *d. l. un.* §. *cum autem* 7.

3 *Tacitam ei dedimus hypothecam*) Quo plenius & certius mulieribus de dote consultum esset, hoc etiam Justinianus constituit, ut actio dotis ex stipulatu, quam pro rei uxoriæ actione introduxit, adjectam haberet hypothecam omnium bonorum mariti, *d. l. un.* §. 1. & tandem ut in omnem eventum securæ essent, etiam in hac ipsa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quamvis tempore prioribus, sive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ult. C. qui pot. in pign.* adeoque, quod contextus legis, & illa sexus muliebris miseratio, evincit, perspicueque apparet ex *Nov.* 97. *cap.* 3. & 4. ut præferantur creditoribus non tacitam tantùm, sed etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo & Doctores ultramontani constitutionem Just. interpretati sunt, & noviss. Ant. Mer. 3. *controv.* 9. Sed quoniam hoc privilegium apertè iniquum est, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione quæsivi, cæteri omnes æquissima interpretatione maluerunt hoc sic temperare, ut iis tantùm creditoribus noceat, qui tacitam itidem ut mulier, & lege constitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expressam, id est, de qua sibi ipsi aperta conventione prospexerunt. Ita comm. DD. *in d. l. ult. C. qui pot. in pign. & ad hunc* §. ut videre est apud Jas. Zas. Gomez. *hic*, Neguf. *de pign. part.* 5. *memb.* 2. *n.* 23. Covar. 1. *n. ref.* 7. *n.* 1. Et secundum hoc temperamentum passim judicari solet, testib. Schn. *n.* 57. Ant. Fab. *C. suo qui pot. in pign. def.* 16. Christin. *vol.* 4. *dec.* 159. *n.* 8. Gail. 2. *obs.* 25. *n.* 10. ubi disertè ait, suo tempore ab hac opinione in Camera Imperiali numquam recessum fuisse: quamquam contrarium judicium Cameræ affert Mynf. 4. *obs.* 13. Apud nos, sicut pleraque alia jura, quæ de dote constituta sunt, locum non habent, ita nec ea quæ de tacita hypotheca constituit Just. Contendunt tamen nonnulli, si per pacta dotalia excludatur bonorum communio, vel constituatur, ut uxor sua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum esse jure civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterum quomodo hìc res se habeat disces ex Neostad. *de pact. ante nup. obs.* 9. 10. 21. Grot. 1. *introd. cap.* 5. & 2. *introd. cap.* 12. Antuerpiæ jus civile & privilegia dotis servantur sine ullo pacto.

4

5 *Cùm ipsa mulier experiatur, cujus solius providentia*) His verbis non excludit liberos mulieris, sed alios, qui dotem pro muliere dantes eam sibi reddi stipulati aut pacti sunt: itemque hæredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex stipulatu mortua muliere transire voluit, *d. l. un.* §. *illo* 6. *C. de rei ux. act.* Liberis autem eamdem prærogativam, quam matri dedit, servari jussit, tanquam si mater adhuc viveret, *d. l. ult. vers. exceptis*, *C. qui pot. in pign. & Nov.* 91. Itaque rectè DD. comm. in *d. l. ult.* & cum iis Gomez. *in l.* 50. Tau-

Tauri. Christin. *vol.* 4. *dec.* 160. *n.* 15. concludunt, liberos eosdemque hæredes mulieris idem privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum si viveret, licet id aliis hæredibus non competat. Diff. Ant. Fab. 8. *conj.* 13. cui occurritur à Bachov. *lib.* 4. *de pign. cap.* 13. *num.* 2.

Textus.

De potestate judicis in judicio bonæ fidei, & de compensationibus.

30. *In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in stricti juris judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque: excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, sanè iniquum esse credimus, ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quisquis exactione defraudetur.*

Notæ.

30. *Libera potestas permitti judici*) Hinc est, quod. bon fid. judicia passim appellantur arbitria, & judices additi arbitri, *l.* 24. *depos. l.* 43. *l. ult. fam. erc. l.* 15. *l.* 17. *C. eod. l.* 18. *comm. div. l.* 38. *pro soc.* Cic. & Sen. *ubi sup.*

In reliquum debeat condemnari) Aut si nihil reliquum, absolvi, *l.* 4. *l.* 11. *C. de compens.* Nam compensatio est debiti & crediti inter se contributio, *l.* 1. *D. eod.* Unde Græcis ἀντίλλογος dicitur.

Opposita doli mali exceptione) Quæ initio litis contestanda erat. In bon. fid. verò judiciis admittebatur compensatio ipso jure, & citra exceptionem propriè dictam.

Nostra constitutio) Extat in *l. ult. C. de compens.*

Commentarius.

1 *Causa liquida. Non liquidi ad liquidum cur non admissa compensatio?*

2 *Compensatione ipso jure actiones minui. Quid hoc, quæ inde utilitatis? & quod si quis compensatione usus non fuerit?*

3 *Rerum consumptibilium dumtaxat compensationem esse.*

Ex eo, quod in bonæ fidei judiciis libera potestas judici est, omnia æstimandi ex æquo & bono, in strictis non item, natæ quotquot sunt inter hæc judicia differentiæ. Inter has & illa olim erat, quod in bonæ fidei judiciis admittebatur compensatio à judice sola æquitate judicii, idque citra exceptionem propriè dictam, seu ipso jure. In judiciis autem stricti juris reus, cui quid vicissim ab actore debebatur, necesse habebat, id propria actione petere usque ad rescriptum D. Marci, ex quo & in strictis judiciis potestas compensandi admissa est, opposita doli mali exceptione. Cæterum constitutione Justiniani jus compensandi latius introductum, atque ipso jure admissum, modo causa, ex qua compensatio objicitur, liquida sit, in actionibus omnibus, & tam in rem quàm in personam, duabus tantùm exceptis, quibus in totum noluit compensatione opponi, actione depositi, & omni actione, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur, *l. ult. C. de compens. l. pen. C. depos.*

Eo compensato in reliquum) Hæc effectum compensationis indicant: nimirum compensatio cùm sit debiti & crediti inter se contributio, *l.* 1. *de compens.* si compensato eo, quod invicem debetur, nihil supersit utrinque, quod debeatur, absolvi reus debet; sin supersit quod reus debeat, in id solum quod reliquum est condemnari. Unde compensatio utrinque pro soluto haberi dicitur usque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur, *l.* 4. *C. eod.*

Opposita doli mali exceptione) Itaque post rescriptum D. Marci manebat adhuc illa inter judicia bonæ fidei & stricti juris differentia, quod in his conpensatio inducebatur ope exceptionis, quæ proinde initio litis contestanda erat, non contestata frustra postea objiciebatur. In illis autem compensatio admittebatur ipso jure & citra ullam exceptionem propriè dictam; quod quale sit, postea audiemus.

1 *Quæ aperto jure nituntur*) Id est, quæ ex causa liquida objicitur. Causam liquidam interpretamur, cùm apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit. Id ita sit, si causa debendi & justa sit & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expeditè probari possit. Cacheran. *decis. Pedemon.* 129. *n.* 13. Menoch. *arb. cent.* 1. *cas.* 14. ubi in hac re judicis arbitrio nonnihil tribuendum existimat. Non liquidi eum liquido compensationem admitti Justinianus noluit, sed tum alii judicio rem reservari jussit, ne creditori fiat injuria, si debitori, qui initio tacuit, postquam jam convictus aut pene convictus est, permittatur confugere ad defensionem compen-

pensationis ex causa, de qua non liqueat, & quæ altiorem indaginem requirat, *d. l. ult.* Vide tamen Christin. *vol.* 1. *dec.* 231. *vol.* 3. *dec.* 38. *n.* 8. Sanè & si causa, ex qua compensatio objicitur liquida non sit, si tamen reus initio litis compensationem per modum exceptionis opponat, eamque contestetur, audiendus est: ad hunc casum constitutio non pertinet, ut bene Don. *hic*, Zanger. *part.* 3. *de exc. c.* 8. *n.* 104. quorum argumentis nihil solidi ab aliis reponitur; adde quæ nos *lib.* 1. *select. quæst. c.* 50.

2 *Actione ipso jure minuant*) Hoc non ita accipiendum est, quasi debitor liberetur compensatione sine facto suo, id est, non opposita defensione compensationis: nam cum judex divinare non possit, an actor vicissim quid debeat, à reo utique hoc allegandum est, petendumque, ut compensatio admittatur: quæ tamen allegatio propriè exceptio non est, licet ita vulgo appelletur; nam allegandæ compensationi quævis tempora idonea sunt ante executionem judicati, *l.* 2. *C. eod.* sed species defensionis, quæ actoris intentionem repellit negatione juris, qualis est allegatio solutionis, acceptilationis, novationis, &c. vid. *inf. tit. de excep.* Sed ita opposita & admissa compensatione statim ipso jure actionem tolli aut minui, remque retroversus ipso jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, ex quo utrinque deberi cœpit, *l.* 4. *C. eod.* Quod nosse, cum ad alias res apprime utile est, tum ad accessiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore sublatæ esse intelliguntur, puta fidejussores, pignora, usuræ, *l.* 4. *ff. d. l.* 4. *l. invicem* 12. *C. eod.* Itaque cùm alter pecuniam gratuitam, alter sub usuris debet, concurrentis utrinque quantitatis usuræ non præstantur, *l. cum alter.* 11. *eod.* Quæcumque autem vis est compensationis, ea constituta est debitori, qui compensatione usus est, *l.* 2. *l.* 5. *eod.* sin minus salva ei manet vetus petitio; nec creditor, qui totum petit, male petiisse videtur. Unde judicatum est interim etiam actionem à creditore alii cedi posse eo effectu, ut quæ cedenti poterat objici compensatio, ea objici non possit cessionario, utique causam onerosam habenti, & actione utili suo nomine experienti. Christin. *vol.* 1. *dec.* 252. Ant. Fab. *C. suo de compens. defin.* 3. *fac. l.* 4. §. 28. 29. & 31. *l.* 5. §. *pen. de dol. mal. except.* adde eund. Anton. Fab. 12. *Conject.* 9.

3 *Sive in rem, sive in personam*) Ponendi tamen sunt termini habiles, nempe si res, de quibus compensandis & inter se contribuendis agitur, compensationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem sunt illæ, quæ pondere, numero, mensura constant: quod vel ipsum nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significatur quàm debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio, & apertè ostendit *d. l.* 4. *C. de Compens. fac. text. in l.* 18. *de pign. act. l.* 22. *de compens.* & alias invitus, quod iniquum est & jus non patitur, aut rem alienam emere, aut meam vendere, aut cum aliena permutare cogar, contra *l.* 16. *C. de jur. delib. l.* 5. *C. de obl. & act.* Denique si in aliis rebus, quàm quæ functionem in genere recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licet, quàm aliud pro alio invito creditore solvere; quippe cùm compensatio non alia de causa debitorem liberet quàm quia pro solutione est, *d. l.* 4. *C. de comp.* junct. *l.* 2. §. *de reb. credit.* Cùm itaque quantitatis tantùm cum quantitate seu pecuniæ cum pecunia compensatio fit, consequens omnino est, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie, & quod Justinianus generaliter hic constituit, compensationem in omnibus actionibus opponi posse, sic perpetuo erit accipiendum, ut in actionibus tum in rem, tum in personam, quibus certa species petitur, ita demum compensationi locus sit, si pro re pecunia præstari debeat, ut accidit, cùm re dolo aut culpa debitoris amissa aut deteriore facta, æstimatio ejus deberi cœpit: alias opus est mutua petitione seu reconventione, ut nunc loquuntur, *l.* 14. *cum auth. sec. C. de sent. & iterloc.* eoque pertinet *l. ult. C. de commod.* Quod & vulgo rectè probatum est, ut alibi demonstrabimus: nam & huic argumento proprium destinabimus tractatum. Duo omnino sunt, quibus egentibus compensatio objici non potest, fiscus & respublica: sed certis dumtaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus; quæ comprehensa sunt *l.* 3. *C. de compens. l. aufertur.* 46. §. *ut debitoribus* 5. *de jur. fisc. l. ob negotium* 20. *ff. de compens.*

Excepta sola depositi actione) Quam ideo excepisse videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depositi, quod solius custodiæ causa datur, donec visum erit deponenti repetere. In *l. ult. C. de compens.* excipit actionem, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ reperitur: quæ sanè species nullam aut retinendi aut compensandi probabilem causam habet. Cujacius excipit & actionem commodati, per

 l.

l. ult. C. commod. ubi dicitur, prætextu debiti restitutionem commodati, id est, rei commodatæ, non probabiliter recusari : sed hoc non obstat , quo minus dicamus, iisdem conditionibus, de quibus supra , locum esse compensationi etiam in actione commodati. Don. *hic n.* 10.

TEXTUS.

De actionibus arbitrariis.

31. *Praterea actiones quasdam arbitrarias, id est , ex arbitrario judicis pendentes , appellamus: in quibus nisi arbitria judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat , veluti rem restituat , vel exhibeat , vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat , condemnari debeat. Sed ista actiones tam in rem quàm in personam inveniuntur. In rem ; veluti Publiciana , Serviana de rebus coloni , quasi Serviana , qua etiam hypothecaria vocatur. In personam; veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus causa, aut dolo malo factum est. Item cùm id , quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque , actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus , & cæteris similibus permittitur judici, ex bono & æquo secundum cujusque rei, de qua actum est , naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

NOTÆ.

31. *Ex arbitrario judicis pendentes*) Nam si reus arbitrio judicis paret, absolvitur : si non paret , condemnatur , & plerumque gravius atque in aliud , quam quod facere jussus erat, *l.* 14. *§. quod met. ca. l.* 46. *& seq. de rei vind. l.* 5. *l.* 8. *de in lit. jur.*

Vel ex noxali causa) Puta si adversus dominum noxaliter agatur ea actione , quæ & ipsa arbitraria esset , si cum domino ageretur directo : puta quod metus causa , aut de dolo. Don. *n.* 12.

Quod certo loco) Hæc alia longè ratione arbitraria dicitur , quàm cæteræ : quippe quæ origine sua est stricti juris ; sed ex accidenti, quod alio loco intendatur , fit arbitraria ; & ideo sic appellatur , quia arbitrio judicis æstimandum permittitur , quanti litigatorum intersit , potius solvi loco constituto , *l.* 2. *quod cert. loc. §.* 33. *vers. loco plus petitur. inf. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones arbitrarias constituere tertium genus planè diversum à superioribus.*
2 *Ex quo fit, quod actio de eo quod certo loco arbitraria ? &c.*
3 *Cæterarum arbitrariarum natura : & ratio nominis.*
4 *Hoc in genere duplicem intervenire sententiam: mores hodierni.*
5 *In ea quod certo loco una sententia rem transigi.*
6 *Rectène noxales inter arbitrarias numerentur ? saltem interdum.*
7 *Inter arbitrarias esse & rei vindicationem , & confessoriam , &c.*
8 *Actiones quadam arbitraria hic non nominata.*
9 *Bona fidei & arbitrariarum discrimen.*

INterpretes vulgo existimant , non proponi hic novum & tertium actionum genus , quod sit distinctum à superioribus, & earum, quæ neque bonæ fidei sint, neque stricti juris. Sed actiones arbitrarias ad unum è duobus istis generibus referendas : esse enim ex eo genere, quæ stricti juris appellantur , seu esse speciem actionum stricti juris, ac proinde bipartita illa divisione quæ proponitur §. *actionum* 28. *sup.* contineri. Perez , & Corvin. *in erotematibus.* Nos autem contra putamus , actiones arbitrarias tertium genus constituere planè sejunctum à superioribus : ut quæ sunt hujus generis , neque sint bonæ fidei , neque stricti juris. Tale utique hoc genus apertè hic statuit Justinianus, cùm ait, *præterea esse quasdam actiones , quas arbitrarias appellamus.* Nam illud *præterea* non aliud valet , quàm præter superiores ; ut intelligamus , præter modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris, esse & tertium genus earum , quæ dicuntur arbitrariæ. Quod si veterum auctoritas quæritur , non obscurè Marcianus in *l.* 5. *de in lit. jur.* actiones arbitrarias ab utraque superiore specie sejungit. Nam cùm initio dixisset , in actionibus in rem , & ad exhibendum & in bonæ fidei judiciis in litem jurari, subjicit in calce per adversativam , *Planè interdictum & in actione stricti judicii in litem jurandum.* Apertè declarans actiones in rem & ad exhibendum, quas à bonæ fidei judiciis antea distinxerat , nec stricti juris esse : sunt autem hæ arbitrariæ , ut mox audiemus. Sed & Papinianus tria hæc genera distinctè posuit, & multo etiam apertius in *l.* 3. *§.* 1. *de usur.* ubi ita scribit, *In his quoque judiciis, quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est.* Et igitur ex sententia quoque Papiniani tria hæc judicia planè diversa sunt, arbitraria, bonæ fidei, & quæ neutrum horum sunt , quæ dicuntur stricti juris. Quid quod arbitrariæ actiones proprius accedunt ad naturam bonæ fidei actionum quàm ad actiones stricti juris ? nam & in arbitrariis

pet-

permittitur judici facultas æstimandi ex æquo & bono, quemadmodum actori satisfieri oporteat, *in fin. hujus* §. & in his similiter ut in bonæ fidei judiciis juratur in litem, *l. 5. de lit. jur.* ut si alterutri speciei aggregandæ sint, potius referendæ videantur ad classem judiciorum bonæ fidei, quàm stricti juris: quod tamen & ipsum admittendum non est; & neutra harum qualitatum usquam actionibus in rem tribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariarum constituuntur, ut vel bonæ fidei dicantur, vel stricti juris: quippe quæ qualitates non aliis actionibus, quàm quæ in personam sunt, competunt, & maximè iis, quæ ex conventionibus descendunt. Illud autem, quod ajunt, actiones arbitrarias natura sua & origine esse stricti juris, ex accidenti autem esse, quod his arbitrio judicis condemnatio fiat, falsum est, præterquam in actione de eo quod certo loco, quæ à cæteris toto genere distat, ut paulo post apparebit.

2 *Ex arbitrio judicis pendentes*) Actiones arbitrariæ sunt, quæ ex judicis arbitrio pendent, unde & nomen acceperunt. Et pendent quidem omnes ex arbitrio judicis, sed non omnes eodem modo: longèque alia ratione actio de eo quod certo loco dari oportet, arbitraria atque ex judicis arbitrio pendere dicitur, quàm reliquæ, quæ idem nomen habent. Nimirum, ut duæ sunt causæ inter se diversæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo sunt actionum arbitrariarum genera, iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitrariæ dicuntur quod in is tota condemnatio ex arbitrio judicis pendet. Quo in genere sunt actiones, quæ sunt de eo quod certo loco dari oportet, sive ex causa stipulationis, sive quia ita cautum testamento, vel quia mutua pecunia sic data, ut certo loco redderetur, *l. 1. l. 5. & l. 6. de eo quod cert. loc.* Ex his enim causis cùm alio loco agitur, permittitur arbitrio judicis æstimandum, quanti litigatorum interfuit instituto potius loco solvi, quàm eo, in quo agitur: ut si rei interfit, minuatur; si actoris, augeatur condemnatio, *l. 1. pr. & §. ult. d. tit. l. un. C. ubi conv. qui cert. loc.* Formula judicii hæc fuit: *Si paret, Titium decem Capuæ dare oportere, neque in eo loco pecuniam suo tempore solvisse, judex arbitratu tuo condemna.* Hujus generis arbitrariæ natura sua & origine sunt stricti juris, sed ex accidenti, quod alio loco intentantur, quàm in quo dari debuit, novam qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitrarias facit. Cæteræ, quæ arbitrariæ dicuntur, diversam naturam & rationem nominis habent. Hæ enim ideo sic ap-

3 pellantur, quia earum hoc proprium est, quod in iis, antequam procedatur ad sententiam definitivam, ad condemnationem, vel absolutionem, judex tamquam arbiter honorarius interloquitur, jubens reum aliquid facere convenienter naturæ actionis institutæ; ex quo porro jussu seu arbitrio pendent actionis exitus, absolutio scilicet aut condemnatio. Nam si huic arbitrio reus paret, absolvitur; si non paret, condemnatur: ut quidem gravius atque in aliud, quàm quod facere jussus erat, in pœnam contumaciæ. Ut ecce in actione, quod metus causa, probato metu, jubetur reus rem, quæ metu extorta dicitur, restituere: si jussu judicis non paret, condemnatur in quadruplum, *l. item si. 14. §. 1. & deinceps. quod. met. caus.* In judicio rei vindicationis, probato dominio, jubetur possessor rem item restituere: si per contumaciam non restituit, aut dolo fecit, quominus restituere possit, condemnatur quanti adversarius in litem juraverit, *l. ejus rei. 46. cum l. seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jurand.* Item fit in actione ad exhibendum, si jussus exhibere non exhibeat, *leg. 3. §. 2. ad exhib.* Formula judicii in rei vindicatione talis fuit, ut ex Cic. 4. *in Verr.* discimus: *Si paret, rem, qua de agitur, Titii esse, & ea res arbitrio tuo non restituatur, judex condemna.* Condemna scilicet in aliud, & tanti, quanti res æstimata erit jurejurando actoris. Itaque in posteriore hoc 4 genere duplex sententia intervenit: una interlocutoria, jussus seu arbitrium de restituendo vel exhibendo; altera definitiva, litem terminans absolutione aut condemnatione, prout reus præcedenti arbitrio paruerit aut non paruerit, quæ veteribus absolutè sententia dicitur. Atque, ut ante diximus & probavimus, ubi reus est contumax, in aliud & gravius quid condemnatio fit, quàm quod arbitrio continetur: puta vel in quadruplum, ut actione quod metus causa, vel in id, quanti res æstimata fuerit jurejurando actoris, ut in cæteris hujus generis. Nam quod aliquando etiam in casu contumaciæ ultra non proceditur, sed arbitrium transit in sententiam definitivam, & mandatur executioni, *l. qui restituere. 68. de rei vind.* extraordinarium est, *arg. l. finita. 15. §. ubi autem. 23. de damn. inf. l. 1. §. 2. si ventr. nom. mul. in possess.* quamquam moribus nostris convenit, quibus semper in rem petitam fit condemnatio & executio. Sed neque arbitrium præcedit, aut possessor victus jubetur interloquente judice rem restituere: verùm statim definitivè condemnatur, *art. 172. Instr. Cur. Holl.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit.*

5 *tit. 7. cap. 1.* In priore autem genere res una sententia transfigitur, ut in aliis fere actionibus, id est, nullo jussu judicis praecedente, ex quo sententiam pendeat. Arbitratur quidem judex & in actione de eo quod certo loco, sed tunc, cùm profert sententiam, nec tam quid reus faciendum habeat, quàm quid ipse pronuntiandum ac postea exequendum. Non obstat, quod ait Ulpian. *l. 4. §. 1. de eo quod cert. loc.* interdum judicem, qui ex hac actione cognoscit, cùm sit arbitraria, absolvere reum debere, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Nam hoc singulare est, & extra casus illic propositos vix locum habet: neque jubetur ea cautio interponi per modum arbitrii aut jussus, cui si non pareatur, reus gravius condemnetur, sed ad postulationem ipsius rei mero judicis officio aequitatem ante oculos habentis; efficitque tantùm ut actor remittatur ad locum constitutum. Ant. Fab. *decis. 90. err. 2.* Haec notanda fuerunt, propterea quod Justinianus species sive exempla utriusque generis confusim proposuit.

Nisi arbitrio judicis satisfaciat) Ita hic loquitur quasi omnium actionum arbitrariarum hoc commune sit, quod in iis judex prius quàm sententiam ferat, arbitretur sive jubeat reum aliquid facere; quod tamen quarumdam dumtaxat est proprium, & non pertinet ad actiones arbitrarias, quae sunt de eo quod certo loco, ut superius demonstratum est.

6 *Vel ex noxali causa*) Inter actiones arbitrarias numeratur hic & actio noxalis, id est, ea, quae ex maleficio servi adversus dominum competit, ut is damnatus aut litis aestimationem sufferat, aut servum noxae dedat, *inf. de noxal. act.* In quo quidam putant, iterum errare Tribonianum: nam actiones noxales inter arbitrarias referri non posse; quoniam in his neque condemnatio arbitrio judicis committitur, ut in actione de eo quod certo loco, neque arbitrium aliquod judicis interponitur, unde pendeat sententia, ut in caeteris; sed judici praescribitur jure, quam sententiam ferat: nimirum ut postquam probatum est, servum noxam commisisse, dominum condemnet in decem, aut servum noxae dedere. Quod cùm statim & conjunctim facere jubeatur, judici hic adimi omnem arbitrii interponendi facultatem, cui parendo liceat condemnationem evitare. Nos tamen ex usare Tribonianum malumus, hoc scilicet colore, quasi non ideo actiones noxales inter arbitrarias, numeravit, quod putarit, eas semper esse arbitrarias, sed quia tales sunt interdum. Et sanè ita res habet, (quicquid in contrarium disputet Ant. Fab. *dec. 92. err. 5. & 7.*) interdum noxalis actio non est arbitraria, interdum talis est. De quo sic habendum. Ex quibus causis directa, seu ea, qua dominus ex suo maleficio convenitur, arbitraria non est, ex iisdem causis nec noxalis arbitraria erit: & contra, qua ex causa directa est arbitraria, ex eadem causa noxalis quoque talis erit. Etenim actio noxalis non est propria species actionis, sed actionis ex delicto adjectio, cujus adjectionis hic tantùm effectus est, ut liceat domino deditione corporis, quod deliquit, evitare litis aestimationem, *l. 1. de noxal. act.* Et cùm igitur actiones hae, furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliae, injuriarum, si ex maleficio domini adversus dominum agatur, arbitrariae non sint, nec arbitrariae erunt, si dominus his non aliter conveniatur nomine servi. Ratio est, quia in noxali actione eadem domini condemnatio est, quae in directa, nisi quod in noxali disjunctio est, ut dominus solvat, aut servum noxae dedat; at hoc fit simul & conjunctim nullo praecedente de noxae deditione arbitrio. Ex diverso cùm actio quod metus causa, & actio de dolo sint arbitrariae, cùm adversus aliquem directo & nomine suo intenduntur, etiam arbitrariae erunt, cùm intentantur nomine servi noxaliter: quod fieri posse constat, *l. quod diximus. 16. quod met. ca. l. 9. §. penult. de dol.* Tantùm arbitrium judicis, quod in actione directa continet solummodo jussum de re restituenda, in noxali adjunctum habebit jussum de servo noxae dedendo, sub disjunctione, ut dominus rem restituat, vel servum noxae dedat, ut si neutrum horum fecerit, sequatur condemnatio; qualis in actione directa. Ita & D. Duar. *de in lit. jur. num. 47.* D. Donell. *hic num. 12.*

Veluti Publiciana, Serviana) Duas profert species actionum in rem, Publicianam & Servianam seu hypothecariam, quas arbitrarias esse declarat. De hypothecaria etiam est textus in *l. si fundus. 16. §. de pignor.* An igitur hae solae in hoc genere sunt arbitrariae? Nequaquam. Nam vel maximè arbitraria censenda est actio in rem civilis, sive rei vindicatio: quippe in qua praecipuè arbitrium judicis de re restituenda locum habet, & re non restituta, ea, quam supra diximus, in juratam litis aestimationem condemnatio, *l. ejus rei. 46. cum l. seq. de rei vind. dic. l. 5. & l. 8. de in lit. jur. l. ultim. de fidejuss.* nisi quod interdum, & extra ordinem nimirum, ipsum arbitrium executioni mandatur, & res possessori aufertur, juxta *l. qui restituere 68. de rei vindic.* Quod enim Ulpianus ibi ait de re aestiman-

manda jurejurando in litem, eo casu, quo reus dolo fecit, quo minus rem restituere possit; id non ita accipiendum est, quasi hoc solo casu locus esset jurejurando in litem; sed quod isto casu jusjurandum illud sit necessarium, cùm in casu prius posito, ubi res penes contumacem est, possit etiam non jurari, & desiderante actore res auferri manu militari. Sed & si quæ sunt aliæ in rem actiones; sive civiles, ut confessoria & negatoria; sive prætoriæ, ut rescissoria; omnes arbitrariæ habendæ; quoniam omnes eamdem æquitatem arbitrii & restitutionis admittunt, eumdemque exitum condemnationis habent, ut significatur regula generali tradita in extremo *d. l. qui restituere.* 68. Itaque male nonnulli hinc removent ipsam rei vindicationem, eamque collocant inter actionem stricti juris; quod vel ex sola formula hujus judicii intelligi potest. In summa, omnes in rem arbitrariæ, excepta petitione hæreditatis, quam placuit esse bonæ fidei: & ideo licet & ipsa eadem recipiat, quæ reliquæ in rem; tamen non dicitur arbitraria, quia bonæ fidei potestate hoc habet, non arbitrii conditione, à qua sola dicuntur actiones arbitrariæ.

Quod metus causa, aut dolo malo) Actionem quod metus causa arbitrariam esse, etiam Ulp. scribit in *l. item si.* 14. §. *hac autem actio* 4. *quod met. ca.* Idem de actione de dolo tradit Paul. in *l. arbitrio.* 18. *de dol.*

Quod certo loco) Hæc actio cur arbitraria dicatur, & quantum à cæteris distet, superius expositum est.

Ad exhibendum) Actionem ad exhibendum esse ex numero arbitrariarum, palam est: quoniam in ea quoque fit idem, quod in superioribus. Nam postquam actor docuit, sua interesse rem exhiberi, jubetur reus exhibere: nisi exhibet, condemnatur, quanti actor in litem juraverit, *l.* 3. §. 2. *ad exhib. l.* 2. §. 1. *l.* 5. *in pr. de in lit. jur.* Juratur autem hìc non quanti æstimetur ex affectu res, quæ exhiberi postulatur, sed quanti damnum, quod negata exhibitione oritur.

Et cæteris similibus) His verbis significat, eas solas actiones, quas nominavit, arbitrarias esse, sed esse plures hujus generis, quæ hìc recensitæ non sunt. Ex actionibus in rem in numero arbitrariarum tantùm posuit duas prætorias, Publicianam, & hypothecariam, sed addita particula *veluti*; ut intelligeremus, præter eas, quas memorat, & alias ex eodem genere arbitrarias esse, nos autem tales esse ostendimus, quotquot sunt in rem, sive civiles sint, sive prætoriæ. Ex iis, quæ sunt in personam, præter eas, quæ hìc nominantur, arbitraria est actio rerum amotarum, *l.* 8. §. 1. *de act. rer. amot.* Ejusdem quoque generis est actio Faviana, *l.* 5. *si quid in fraud. patr.* item Pauliana, *arg. l.* 8. *l.* 10. §. *& fructus.* 20. *quæ in fraudem cred.* Ant. Fab. *dec.* 93. *err.* 5. *&* 6. Actio ex edicto de publicanis, *l. in pr. l.* 5. *de publican.* Denique arbitrariæ habendæ quotquot sunt in personam ad restituendum, dum non sint bonæ fidei. Planè in actionibus quoque bonæ fidei, quæ sunt ad restituendum, quales sunt, commodati, depositi, locati, pigneratitia, eodem modo quo in arbitrariis, res transigi solet, ut prius interponatur arbitrium de re restituenda, & nisi arbitrio paritum sit, jurejurando actoris lis æstimetur, *l.* 3. §. 2. *commod. l.* 1. §. *in depositi.* 26. *depos. l.* 5. *l.* 8. *de in lit. jur.* Sed tamen non ideo dicendæ sunt arbitrariæ: quoniam id non sola conditione arbitrii, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur, sed potestate bonæ fidei habent: quæ cùm omnem speciem æquitatis complectatur, etiam hanc ipsam restitutionis & arbitrii continet. Arbitrariæ verò hanc unam fere speciem æquitatis habent, ut arbitretur primo judex fieri, quod conveniat naturæ actionis institutæ; post deinde condemnet, si arbitrio non pareatur. Atque hinc explicandum, quod est in extremo hujus §. *permittitur judici ex bono & æquo, &c.* Natura actionum bonæ fidei satis prolixa est. Costal. in *l.* 7. *de eo quod certo loco.* Inter arbitrarias perperam Pacius *in not.* & D. Perez. *in erotemat.* collocant actionem redhibitoriam. Magis enim est, ut hæc bonæ fidei sit, *l.* 11. §. 3. *de act. empt.* ubi disertè Jurisconsultus ait, redhibitionem judicio empti contineri.

Textus.

Quinta divisio, de incertæ quantitatis petitione.

32. *Curare autem debet judex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat; etiam si de incerta quantitate apud eum actum est.*

Notæ.

32. *Quantum possibile ei sit*) Interdum enim natura rei id non patitur: veluti si plures disjunctim, vel generaliter promissæ petantur: nam judex non potest electionem, quæ hic reo competit, ei adimere, in unam certam rem eum condemnando.

De incerta quantitate) Puta de eo, quod interest, cujus quantitas est incerta, §. *ult. sup. de verb. obl. l.* 68. *eod. l.* 24. *de reg. jur.*

Com-

COMMENTARIUS.

1 *Cur placeat, sententiam sine certa re aut quantitate prolatam non valere?*
2 *Certitudo sententiæ unde metienda?*
3 *Quibus casibus fiat, ut certa sententia ferri nequeat?*
4 *Etiam in petitione incertæ certam debere ferri sententiam.*

1 PRæceptum generale pertinens ad omnes actiones & judicia, sive bonæ fidei aut arbitraria, sive stricti juris, & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita judex pronuntiare debet, ut sententia sua finem liti imponat & controversiam dirimat, *l. 1. de re jud.* Etsi autem hoc semper fit cùm reus absolvitur, non fit tamen semper cùm condemnatur, nisi condemnetur in certam rem aut quantitatem, sive quod idem valet, ni-2 si certa sententia feratur. Etenim cùm ex conceptione sententiæ non apparet, quid quantumque præstandum sit, de quo quærebatur, tantùm abest, ut tollatur controversia, ut ea etiam augeri possit. Et ideo merito placuit, hujusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei judicatæ auctoritate censeri, *l. pen. & ult. C. de sent. quæ sin. cert. quant.* Don *num.* 2. *& seq.* Schneid. *num.* 22. Mynſ. *num.* 3. & comm. DD. *hic.* Enim verò certitudo sententiæ non ex eo solo metienda, quod judex certam rem aut quantitatem in condemnatione verbis expresserit; sed etiam ex eo, quod se referat ad certum locum aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam, vel denique ad certum instrumentum, veluti si dicat, *Solve quod petitum est*, referens se ad certam partem actorum, atque ex actis constet, quid quantumve petitum, aut *Solve quod illis codicillis continetur*, cùm codicilli in judicio essent prolati, *l. 5. §. 1.* & ibi DD. *in l. sententiis 59. §. 1. de re jud. l. pen. C. de sent. quæ sin. cert. quant.* Christin. *vol. 4. decis. 94. num.* 10. Sed etsi dixerit, *Solve quod debes*, nec ad certam partem actorum se expressè retulerit, nihilominus tamen plerique existimant valere sententiam ex ea parte actorum, quæ probationes continet, certitudinem recipere, quasi tacitè ad eas se retulerit eas approbans pronuntiando, atque ita restringunt *text. in l. quid tamen 21. §. 3. de rec. arb.* Sin verò id exactis probatoris non appareat, tunc hujusmodi sententiam non valere, etiamsi certa quantitas libello comprehensa sit: nam cùm jus vetet ex assertatione partis sententiam ferri, credibile non esse, judicem se eo referre voluisse: vid. Zaſ. in *l. 5. §. 1. de jud.* Mynſ. *hic. n.* 12. Schneid. *n.* 24. Mathesilan. *sing.* 141. & qui omnium accuratissimè distinguit, Pet. Barboſ. *ad tit. ff. solut. matr. p. 5. rubr. n.* 47. Est ergo notandum, numquam sententiam à libello recipere interpretationem, nisi ad eum expressè habita sit relatio.

3 *Quantum possibile ei sit*) Hoc ideo addit, quia interdum rei petitæ natura non patitur, ut certa sententia ferri possit; atque eo casu procul dubio incerta valere debet; veluti cùm plures res disjunctum vel generaliter promissæ petuntur. Cùm enim in his rei petitæ præstatio pendeat ex electione debitoris, *§. seq. vers. huic autem, & seq.* non potest judex hanc ei adimere, in unam rem certam eum condemnando. Idem admittendum esse, & sententiam incertam valere, censent DD. in actione universali, qualis est petitio hæreditatis, & actio familiæ erciscundæ, item & maxime quando super accessionibus, puta fructibus & expensis petitis, sententia fertur, eoque jure utimur. Christin. *d. decis. 94. num.* 11. vid. plenè. Jo. Fab. *hic n.* 12. *& seqq.* Non idem est in actionibus generalibus, puta tutelæ, pro socio, negotiorum gestorum. In quibus quidem incerta petitio admittitur, sed quia in his res ante sententiam declarandæ sunt, juxta *l. 2. C. de judic.* Christin. *d. loco, n.* 26. certa hìc sententia ferri debet. Quod quomodo procedat, post Jo. Fab. & Plat. docet Schneid. *hic n. 4. & n.* 30. Excipit Accursius & judicia noxalia: sed eo nomine merito reprehenditur: quoniam facultas noxæ defendi est à lege, *l. 6. §. 1. de re jud.* quod & ipse alibi agnoscit, *§. 1. inf. de off. jud.*

Etiamsi de incerta quantitate) Additum potissimè propter obligationes faciendi, in quibus si factum non fit, quod fieri debuit, obligatio & petitio est in id quod actoris interest, *l. si quis. 13. §. 1. de re jud. l. si pœnam. 68. l. stipulationes. 72. de verb. obl. §. ult. sup. eod. tit.* Hoc igitur vult Justinianus, etsi id, quod 4 interest, petatur, cujus quantitas incerta est, *d. l. si pœnam. 68. de verb. obl. l. quatenus 24. de reg. jur.* nihilominus tamen certam sententiam ferendam; ut judex prius cognoscat, quanti intersit actoris, & quantum id esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, in eamque summam reum condemnet, quod etiam fieri debere satis apertè præcipitur in *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int.* Nec metuendum, ne hìc judex videatur reum in aliam rem condemnare, quàm quæ petita est, contra quàm cautum *l. ult. C. de fideic. lib.* Nam quemadmodum scitè à veteribus dictum est, eum, qui frumentum ex spicis excutit, non no-

novam speciem facere, sed eam, quæ est, detegere, *l. adeo. 7. §. cum quis 7. in fin de acq. rer. dom.* ita & judex, cùm certam summam dicit ejus, quod interest, non aliam rem dicit, sed eam, quæ petita est, & quam actor intelligi voluit, explicat ita Don. *hic. n. 5.* Vulgo autem respondent, incertum & certum esse qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & sententiam, Mynf. *hic. n. 4.* Porro & alias quamvis incerta sit petitio, certa tamen sententia, quoad fieri potest, ferenda est, ut in actionibus generalibus, veluti pro socio, tutelæ, negotiorum gestorum, uti jam ante dictum est. In actione quoque arbitraria de eo, quod certo loco, & quodammodo etiam in actionibus bonæ fidei, atque adeo in cæteris quoque arbitrariis incertum in petitionem deduci videtur, propterea quod in his omnibus judici permittitur ex bono & æquo æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat: sententia tamen semper certa esse debet.

Textus.

De pluris petitione.

33. *Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est, rem amittebat; nec facile in integrum restituebatur à prætore, nisi minor erat 25. annis. Huic enim sicut in aliis causis, causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat; ita & in hac causa succurri solitum erat. Sane si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori 25. annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam al is legata data sint; quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor, quam dodrantem; atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & causa. Re, veluti si quis pro decem aureis, quæ ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majorem partem, suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius solvit, quàm solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui præmaturè petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est. Verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit,* Ephesi dari spondes? *Romæ purè intendat, sibi dare oportere. Ideo autem plus petere intelligatur, quia utilitatem, quam haberet promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur; in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset si illo loco solveret, quo se soluturum spondit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur; veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, in quo ut sibi detur, stipulatus est, pura actione rectè agit. Idque etiam prætor demonstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est, qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita à te stipuletur,* Hominem Stichum, aut decem aureos dari spondes? *deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis, promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantùm vel hominem tantùm sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii verò sui deteriorem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Præterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, & specialiter Stichum petat, aut generaliter vinum stipulatus sit, & specialiter Campanum petat; aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat; plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet vilissimum sit, quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur: quia sæpe accidit, ut permissori facilius sit, illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant, postea verò lex Zenoniana & nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod forte damnum ex hac causa acciderit, ei, contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.*

Notæ.

33. *Vel ante conditionem*) Quæ modo efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo diei possit ante agendo plus peti; veluti si quis dare promiserit, si morietur. Alias pendente conditione petens, non male aut perperam agere dicitur, sed nihil agere, *l. un. in fin. quan. di. ususfr. leg. 36. de solut.*

Arbitraria esse actio proponitur) Quæ quam ob causam introducta sit, docet Cajus, *l. 1. de eo quod certo loc.*

Ratio utilitatis, quæ promissori) Pluris petitio hic æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo se soluturum promisit.

Quia utilitas solvendi salva promissori) Id est ratio iutilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si alio loco solveret, non habetur: nam cum eo loco convenitur, quo dare promisit, ejus nihil interest ratione loci. Fabrot.

Specialiter Tyriam) Quæ nobilior est. Strabo *lib. 16.* Plin. *lib. 5. cap. 19. & lib. 21. cap. 8.* Eusthath. *ad Odyss. 15.* ἱκανεῖται γῦν ἡ Τυρία πορφύρα.

COMMENTARIUS.

1 *Qui ante conditionem petit, eum nihil consumere.*
2 *Pœna à Zenone constituta in eos, qui tempore plus petunt; à Justiniano in eos, qui alio modo.*
3 *Quid nunc fere in praxi circa hæc observetur?*

SUperius admonuit judicem officii sui in ferenda sententia. Hic actorem instruit ad actionem rectè instituendam, formandumque libellum petitorium. Summa disputationis huc redit, ut petat actor, quod sibi debetur; ut petat, quantum sibi debetur; ut petat ex ea causa, ex qua debetur. Si secus fecerit, placet, interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab observatione juris veteris procul recessum, ut postea intelligemus.

Causa cadebat) Ut discerent omnes jus suum diligenter explorare, nec temere aliis creare molestiam, placebat olim, eum, qui plus quàm sibi deberetur, petierat, graviter mulctari, remque totam amittere, uti passim ex Cicerone intelligi potest, præsertim ex *oratione pro Q. Roscio Comœdo*, fac. *l. 1. de int. injur. l. si pater. 36. de solut.* Hinc illud apud Plautum in *Mostellaria. act. 3. scen. 1. v. 123. Velim quidem hercle ut uno nummo plus petas.* Id veteres dicebant *causa cadere*, item *formula cadere* aut *excidere*, ut ex eodem Cicerone, *1. de orat. cap. 36.* Sueton. *in Claud. c. 14.* Senec. *epist. 48.* Quintil. *lib. 3. Inst. orat. cap. 6.* discimus.

Nec facile integrum restituebatur) Adversus amissionem causæ ob pluris petitionem nemo à prætore restituebatur, nisi ex iis causis, quæ jure communi etiam in aliis rebus in integrum restitutionem præbebant. Quarum duæ hic proferuntur, ætas personæ plus petentis, & justa errandi causa. Faciliores aliquando Principes fuerunt: nam de Claudio refert Suetonius *d. loc.* solitum eum fuisse restituere ex bono & æquo actiones iis, qui apud privatos judices plus petendo formula excidissent, VINN. Immo & Prætorem id aliquando fecisse, discimus ex Senec. *Epist. 48.* ubi eleganti allusione & Philosophiam adversus captiones Sophistarum in integrum restituere ait. Locum ipsum habes paullo post ad verba: *Etiam majori*: HEIN.

Nisi minor erat viginti quinque annis) Minori, qui errore ætatis, & juvenili temeritate plus petendo causa ceciderat, prætor causa cognita subveniebat per restitutionem in integrum ex edicto generali de minoribus, *l. 1. & passim, de minoribus.*

Etiam majori) Ex illa parte edicti de majoribus restituendis, *Item si quæ alia mihi causa justa esse videbitur, in integrum restituam, l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* Justi erroris, & quid ob id merito etiam in majoribus excusetur, causa est in hac specie: Titio centum testamento legata sunt, deinde viginti codicillis adempta. Titius codicillorum ignarus tota centum ex testamento petit. Item in hac: Testator dodrantem bonorum in testamento Sempronio legavit; post deinde in codicillis nonnihil legavit Titio: Sempronius qui nihil de codicillis audiverat, dodrantem integrum ex testamento petit. Justus in utraque specie error est, & cui ignosci oporteat, propterea quod ex alieni facti nascitur ignorantia, *l. ult. pro suo.* Alludit huc Seneca *Epist. 48. Quid enim aliud agitis, inquit, cùm eum, quem interrogatis, in fraudem inducitis, quàm ut formula cecidisse videatur? Sed quemadmodum illud prætor, sic eos Philosophia in integrum restituit.*

Atque ideo lege Falcidia legata minuebantur) Rectior erit sententia, si legamus, *ideo quod lege Falcidia, &c.* quippe ratio cur in proposito petitor plus petiisse videatur, quàm dodrantem, hæc est, quod lege Falcidia legata ipso jure minuantur. Ut bene observavit D. Hotom.

Plus autem quatuor modis) Pœnis plus petitionis non solùm locus erat, cùm quis re aut quantitate plus petiisset, sed etiam cùm quavis alia ratione, puta tempore, loco aut causa seu modo. Paulus *1. sent. 10. Causa cadimus, inquit, aut loco, aut summa, aut tempore, aut qualitate. Loco, si alibi; summa, si plus, quàm damus, petimus; tempore, petendo ante tempus; qualitate, ejusdem speciei rem meliorem postulantes.* Hæ quatuor species plus petitionis plenius

nius hoc loco explicantur à Justiniano.

Re, veluti si quis pro decem aureis, &c.) Re plus petere dicitur, qui majorem vel summam pecuniæ, vel partem rei, quàm quæ sibi debetur, petit.

Tempore, veluti si quis ante diem vel conditionem) Plus quàm debetur, sine controversia petit, qui ante diem petit. Nam quod in diem promissum est, etiam ante diem debetur: ut hic subsit debitum quod peti possit, & præmaturè petendo amitti, §. 2. *sup. de verb. obl. l. cedere.* 213. *de verb. sign.* junct. §. *temporales.* 10. *inf. de except.* Sed quod additur, etiam eam plus petere, quàm debetur, qui ante conditionem petit, incautè & perperam adjectum videtur. Etenim cùm conditio suspendat obligationem, ita ut pendente ea nihil dum debeatur, §. *sub conditione* 4. *sup. de verb. ob. d. l. cedere.* 213. *de verb. sign. l.* 8. *de per. & com. rei vend.* quomodo dici potest, plus debito petere, qui ante conditionem petit, hoc est, eo tempore, quo nondum ulla nata est obligatio? Quod si ante conditionem agendo nemo plus debito petere intelligitur, consequens est, neque pœnam plus petitionis ad eos, qui ante conditionem petunt, pertinere. Et res ita habet. Qui ante tempus petebat, ideo rem consumebat, quia in judicium eam deduxisset, *d.* §. *temporales* 10. *inf. de exc.* At pendente conditione cùm nihil sit, quod debeatur, nihil quoque est, quod in judicium deduci, & deducendo consumi possit. Et ideo veteres eum, qui pendente conditione petit, non male aut perperam agere dicunt, ut eum, qui petit ante diem, sed nihil agere, *l. un. in fin. quand. dies ususfr. leg. ced.* & disertè nihil consumere, *l.* 6. *pater.* 36. *de solut.* An igitur putamus, hæc latuisse Tribonianum? Potius est, ut dicamus, eum per conditionem intellexisse, non eam, quæ verè conditio est, scilicet, quæ an extitura sit, incertum est, & qua proinde pendente nihil debetur: sed eam, quam veteres minus propriè conditionem vocant, nimirum, quam certum est omnimodo extituram esse, veluti, si quis, si morietur, vel cùm morietur, dare promiserit, & stipulator vivo promissore agat. Nam tali sub conditione quod promissum est, pendente quoque ea debetur, *l. nam. si.* 17. *cum l. seq. de cond. ind. l.* 9. §. 1. *de novat.* Et igitur, *ante conditionem*, intellige, *quæ modo efficiat*, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit, ante agendo plus peti, quàm debeatur.

Qua enim ratione qui tardius) Si minus in tempus cadit, etiam plus cadere intelligitur: nam contrariorum sunt contraria consequentia. Constat autem, eum, qui tardius solvit, minus solvere; quoniam emolumentum intermedii temporis adimit creditori. Sequitur ergo, ut qui solvit celerius, plus solvat; quemadmodum veteri proverbio dicitur, *Bis dat, qui cito dat*, & qui celerius petit, plus petat: quoniam reliqui temporis commodo, quantum in se est, debitorem privat.

Loco plus petitur) Plus etiam petere intelligitur, qui quod certo loco sibi dari stipulatus erat, alio loco purè petit. Quæ pluris petitio æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo soluturum spopondit.

Romæ purè intendat sibi dari) Purè intendere sibi dari oportere hic dicitur, qui intendit sibi dari oportere sine commemoratione loci, in quo dari sibi stipulatus est, & omissa arbitrii formula, qua judici permittatur facultas æstimandi ex bono & æquo, quantum promissor solvere debeat. Nam pura intentio hìc actioni arbitrariæ à regione opponitur.

Alio loco petenti arbitraria actio) Alio loco, quàm in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, numquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est, in eam rem actionem utilem sive arbitrariam comparare, *l.* 1. *de eo quod cert. loc.* Hac ratione & actori consulitur, data alibi agendi facultate, nec reo fit injuria, cui alibi conventio arbitrio judicis salva præstatur utilitas loci constituti. Illud hìc obiter monendi sumus, quod passim dicitur, eum, qui certo loco dare promisit, posse quolibet alio loco arbitraria actione convenire, sit accipiendum, ut supponantur termini habiles, id est, modo locus sit idoneus, qualis est locus domicilii & contractus, & qui forum tribuat, *l. hæres.* 19. §. 1. *& deinceps de jud. l. contraxisse.* 21. *de O. & A.* Costal. *ad l.* 1. *de eo quod cert. loc.* Perez. *in C. eod. n.* 1.

Quæ utilitas plerumque in mercibus) Constat, varia esse rerum pretia per singulas civitates regionesque; maximè vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una & eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius & levioribus usuris pecunia invenitur, aliis difficilius & usuris gravioribus, *l.* 3. *de eo quod cert. loc.*

Proximus est, qui causa plus petit) Verbum cau-

causa variam admodum in jure civili significationem habet, & quæ facilius intelligitur, quàm exprimitur. Hic autem significat modum seu qualitatem obligationis, *l. obligationum. 44. in pr. & §. 3. de oblig. & act.* Paul. 1. *sent.* 10. Qui autem causa plus petit idem, fere peccat, quod is, qui plus petit loco. Nam quemadmodum, qui alibi petit, quàm ubi debetur, loci utilitatem adimit debitori; ita qui causa plus petit, promissori adimit utilitatem electionis.

Hominem Sthichum aut decem aureos) Duæ sunt species plus petitionis ratione causæ: quarum altera hic proponitur, cùm ex pluribus rebus disjunctim promissis una aliqua certa petitur: altera mox subjicitur, cùm, genere promisso, petitur certa species. In utraque autem specie eadem ratione plus peti intelligitur, nimirum quia reo aufertur electio, quæ in utroque genere obligationis ei competit.

Promissoris electio est) In disjunctivis obligationibus, id est, cùm illa aut illa res promittitur, rei electio est, *l. plerumque. 10. in fin. de jur. dot.* Et ideo qui electionem sibi non constituit, incertum stipulari dicitur, *l. ubi autem 75. §. qui illud. 8. de verb. obl.*

Generaliter hominem stipulatus) Sicut in promissione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promissione generis, *l. cum is. 32. in fin. de cond. ind. l. fidejussorem. 52. mand. l. ex pluribus. 106. de verb. obl.* ut proinde eadem ratione plus petere dicatur, qui genere promisso certam ex eo genere speciem petit, qua is plus petere dicitur, qui pluribus rebus disjunctim promissis: unam earum petit simpliciter.

Et specialiter Campanum petat) Theophilus scribit, vinum Campanum omnium aliorum esse pessimum: cùm tamen Cajus & Ulpianus ejus exemplum pro eo, quod optimum est, adducant, *l. stipulationum. 74. & l. seq. §. 2. de verb. obl.* uti hic etiam Justinianus: quod vel puer viderit. Scriptores quoque cetæri vina Campana inter generosissima numerant; qualia sunt illa carminibus Horatii celebrata, *Cæcubum, Massicum, Falernum, Formianum, Calenum.* De regione Campaniæ Italicæ Florus *lib. 1. c. 16.* ita scribit; *Omnium non modo Italiæ, sed toto terrarum orbe pulcherrima Campaniæ plaga est. Nihil mollius cœlo, bis floribus vernat. Nihil uberius solo: ideo Liberi Cererisque certamen dicitur.* Et Paulo post: *Hic amicti vitibus montes, Gaurus, Falernus, Massicus, & pulcherrimus omnium Vesuvius.* Eadem fere de ora Campaniæ habet Plin. *lib. 3. c. 5.* unde videtur Florus sua descripsisse.

Tyriam) Purpuram omnium pretiosissimam, teste Strabone, *lib. 16.* add. Plin. *lib. 5. c. 19. & lib. 21. cap. 18.* Puniceum purpuræ colorem procreat Africa, id est, quasi violaceum: Tyros autem rubeum, auctor Vitruvius *lib. 7. c. 17.*

Licet vilissimum sit) In pluris petitione ratione causæ plus non tantùm æstimatur ex pretio & valore rei, sed etiam ex facultate solvendi, & quod addendum, ex affectione quoque debitoris. Sæpe enim homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur.

Sed hæc quidem antea) Quibuscumque modis ex quatuor, quos Justinianus exposuit, plus petitum esset, ea olim erat pœna plus petitionis, ut actor causa caderet. Sed postea ab hac pœna recessum est, & in eos, qui tempore plus peterent, alia pœna constituta à Zenone; in eos, qui alio modo, à Justiniano. Quid à Zenone cautum fuerit, exponitur *inf. de excep. §. temporales 10.* nimirum ut adversus eum, qui ante tempus petiit, duplicentur induciæ temporis, & ut his finitis non ante reus actionem suscipere cogatur, quàm impensæ prioris litis ei fuerint refusæ. Constitutio ipsa desideratur. Epitomen ejus ex Basilicis eruit Cujac. *lib. 12. obs. 21.* Adversus cæteros Justinianus hanc pœnam se statuere ait, ut si quid ex pluris petitione damni senserit adversarius, id petitor triplo compenset. Justiniani quoque hæc constitutio intercidit, & ideo multa hic nobis incerta relinquuntur. Refert se hic ad *§. triplici. 24. sup. hoc tit.* ubi nominatim agit de eo, qui majorem debita quantitatem petit, idque dolo malo, ut viatores majores exigerent sportulas: hic autem loquitur, ut videatur velle pœnam tripli, etiam extra causam doli, obtinere, eademque pœna mulctari eos quoque, qui loco & causa plus petunt, ut hic tripletur omne damnum, quod reo per causam injustæ petitionis illatum est. In praxi neutra prædictarum constitutionum observatur, quo facilior earum jactura est. In toto enim Belgio, Gallia, aliisque Regionibus eo nunc jure utuntur, ut si quantitate aut summa plus petitum sit non dolo malo, puta pro quinquaginta, quæ liquido debentur, centum, reus si nihil obtulerit, condemnetur in omnes litis expensas, idque propter moram, cùm partem, quam se debere non ignorabat, offerre debuerit. Si verò reus partem debitam offerat, actor in lite perseverans reo in expensas condemnatur. Quod si certum corpus, quod nostri speciem, Philosophi individuum appellant, petitum sit, veluti fundus, & pars injustè pos-

ses-

sessa non afferatur; impensæ, quasi in mutua victoria compensantur. Idemque est, si debitum non sit liquidum: nam tunc debitori imputari non potest, quod certam quantitatem non offerat. Si loco plus petatur, ita absolvitur reus, ut salvum jus actori maneat conveniendi reum in loco constituto, & in expensas illius instantiæ actor condemnatur, juxta *l. properandum. 13. §. sive autem 6. C. de judic.* Idem est, si ante tempus agatur, aut si quod sub disjunctione debetur, petatur simpliciter. Nam & hic solet judex reum ab observatione judicii absolvere cum expensis, salva facultate actori conveniendi reum, cùm dies venerit, vel petendi disjunctim, quod simpliciter petitum fuerat. Rebuff. *ad constit Reg. proœm. tom. 1. n. 53.* Imbert. *lib. 2. Inst. forens. c. 151.* Papon. *lib. 8. tit. 1. arrest. 2. & 3.* Ant. Fab. *C. suo. de plus pet. defin. unic.* Tuld. & Perez. *C. eod.* Christin. *vol. 1. decis. 266. & vol. 2. decis. 157.* ubi plures alleg. add. Cov. *lib. 1. var. res. cap. 2. n. 5.* Menoch. *de arb. jud. lib. 2. cent. 2. cas. 177.* ubi latè tractat, quæ sit justa litigandi causa, ut in lite succumbens excusetur ab expensis.

Textus.

De minoris summæ petitione.

34. *Si minus intentione sua complexus fuerit actor, quàm ad eum pertineat, veluti si quum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dare oportere intenderit; aut si quum totus fundi ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adversarium eodem judicio ei condemnat ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.*

Commentarius.

Minus non quatuor modis, ut plus, sed uno tantùm, nempe re petitur; ut exempla hic proposita declarant. Ac de loco quidem & causa manifestum est: de tempore verò dubitari posset. Nam si tempore & plus peti & minus solvi potest, ut superius diximus; videtur etiam & minus peti & plus solvi eodem modo posse. Sane si plus petit, qui ante tempus petit, plus etiam solvit, qui ante tempus solvit. Quin etiam dialectica ratione disputari posset, sin minus solvit, qui post tempus solvit, minus etiam petere, qui post tempus petit. Sed hæc locutio neque in communem sermonis consuetudinem, neque in usum fori & judiciorum cadit: quoniam neque quicquam nisi post tempus exactum debetur; & id ipsum nonnunquam longo post intervallo petitur.

Sine periculo agat) Qui minus petit, quàm sibi debetur, etsi non tantum petit, quantum debetur, petit tamen quod sibi verè debetur: & quia minus petendo nulla fit reo injuria, ideo nulla quoque hujus petitionis pœna est: licetque actori comperto errore suo actionem postea mutare, & totum quod debetur, petere. Nam & alias cuilibet liberum est ab initio actionem dividere, partemque petere, salvo jure reliquum postea petendi.

Eodem judicio) Quomodo hoc accipiendum sit, videbimus §. *seq.*

Ex constitutione Zenonis) Epitome constitutionis Zenonianæ, qua Justinianus ait, potestatem judici permitti in casu proposito, etiam in reliquum quod sibi apparebit deberi, reum eodem judicio petenti condemnare, prodita est à Cujacio *lib. 12. obs. 21.* quæ novis in editionibus est, *l. 1. C. de plus. pet.* Constitutionem ipsam non habemus.

Textus.

Si aliud pro alio petatur.

35. *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit: aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.*

Notæ.

35. *In eodem judicio*) His verbis non tam denotatur judicii unitas, quàm negotii apud eumdem judicem sine nova interpellatione (quod olim necessarium erat) continuatio: propriè enim judicium ibi esse dici nequit, ubi nova exigitur actionis editio & litis contestatio. Bachov.

Commentarius.

1 *Quid sit emendare actionem, quid mutare?*
2 *Quandiu emendare vel mutare actionem liceat?*
3 *Praxis horum temporum.*

Si quis aliud pro alio petat) Qui aliud pro alio petit, puta pro Sticho Erotem, constat, eum non petere quod debetur, & tamen placet nec hanc petitionem ei nocere, quominus cognita veritate errorem suum, & quidem eodem item judicio corrigere possit. Idemque placet, si quis ex alia causa petat, quàm ex qua debetur, puta ex tes-

testamento, cùm debeatur ex stipulatu: quo casu, cùm idem petatur ex alia tantùm causa, nequaquam dici potest, quod Theoph. scribit, etiam hic aliud pro alio peti: & magis est, ut dicamus, Justinianum plus sensisse, quam scripsisse. Illud semper tenendum est, sumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere.

Errorem suum corrigere) Potest igitur actio semel edita postea corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri obtinuit. Extat de ea re constitutio Severi & Antonini in hæc verba; *Edita actio speciem futuræ litis demonstrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas*, *l.* 3. *C. de edend.* Emendatur actio, cùm 1 mendum vel error tollitur, aut defectus suppletur, salva manente principali substantia conclusionis. Mutatur, cùm repudiata vetere instituitur nova, veluti si actor aliud pro alio, aut idem ex alia causa petere instituat. Perez. *C. de edend. n.* 7. Sed adjectæ sunt rescripto duæ conditiones, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas, & ita, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc, ut edatur actio, quacumque quis experiri velit; proinde si quis nova experiatur, etiam hanc edi oportet, novumque reo spatium ad deliberandum dari, cedere, an contendere malit, *l.* 1. *de edend.* Jus dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa sive mutatio sine damno adversarii fiat: ideoque qui temere adversarium suum in jus vocavit, is ei viatica & sumptus prioris litis reddere tenetur, *l. eum qui* 79. *de judic.* Don. *in d. l.* 3. *C. de edend. n.* 3. *& seqq.* D.Perez. *d. loc.* Illud quæritur, quandiu actionem editam emendare vel mutare liceat, utrum ante litem contestatam tantum, an verò etiam postea. Ego puto, jus actori & nunc esse & olim fuisse actionem emendandi vel mutandi, non solùm ante, de quo inter omnes convenit, sed etiam, quod plerique negant, respectu mutationis, post litem contestatam, per *l. fidejussor.* 32. *de neg. gest. l. locum indebitum.* 57. §. 1. *de cond. ind. l.* 4. §. *ult. de nox. act. l. eum fundum.* 18. §. 1. *unde vi.* Eaque haud dubiè est etiam sententia Imperatorum in *d. l.* 3. *C. de edend.* & Justiniani *hîc.* Cæterum jure veteri eo casu opus erat alio judicio novaque interpellatione, *l. non potest.* 23. *de judic. l. ut fundus.* 18. *com. div.* Jure autem novo actori etiam post litem contestatam permittitur corrigere errorem suum, & mutare libellum petitionis in eodem judicio, ut hìc disertè cautum est. Don. *ubi sup. n.* 17. Perez. *d. loc. n.* 7. quamquam existimo, his verbis non tam judicii unitatem denotari, quàm negotii apud eundem judicem sine nova in jus vocatione continuationem: ut in hoc saltem novum jus distet ab antiquo, quo nova interpellatio desiderabatur, & prætor de integro adeundus erat, ut aliud judicium daret. Sanè non video, quomodo alioqui rectè defendi possit, idem judicium ibi esse, ubi nova litis exigitur contestatio. Quod quidem negari non potest. Nam si reus post novam actionem editam, & inducias ad deliberandum denuo concessas, ad contradicendum venerit, utique contradictione sua novam litem facit: ut etiam differit Bachovius *hîc.* 2 Interpretum in *l.* 3. *C. de edend. & ad hunc* §. communis sententia est, libellum quidem emendari posse usque ad sententiam definitivam, mutari autem non posse, nisi usque ad litem contestatam, atque adeo ne partium quidem consensu: quoniam litis contestatio & alii actus substantiales judicii partium consensu tolli non possunt. Quæ sententia usu quoque forensi recepta dicitur. Gail. 1. *obs.* 74. *n.* 4. *& seqq.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 5. *&* 6. Christin. *vol.* 2. *decis.* 88. *n.* 11. quamquam de fori nostri usu contrario testetur Groenevv. *de ll. abrog. hîc.* Planè si probari potest, per ignorantiam advocati in concipienda conclusione erratum esse, etiam mutatio usque ad sententiam permitti solet: sed nos nisi ad postulationem litigatoris impetrata restitutione in integrum, & cum refusione expensarum, Merul. *d. cap.* 6. Christin. *vol.* 2. *decis.* 104. add. Groenevv. *d. loc. & ad tit. C. de error. advocat.*

Textus.

Divisio sexta, De Peculio.

36. Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus. Ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit, quàm persequimur, in solidum dominus, paterve condemnatur: si verò minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

Commentarius.

Redit hic Imperator ad institutum, quod interrupit, §. *curare.* 32. *sup.* proponitque ad extremum adhuc unam divisionem, quæ ad effectum actionis pertinet, declarat, quantum ex unaquaque actione sperare liceat. Di-

Divisio hæc est, quod quædam sunt actiones, quibus solidum quod nobis debetur, consequimur; quædam, quibus modo solidum, modo minus. Quominus semper solidum consequamur, aut peculium facit, cujus ad modum actio constituta est; quod explicatur *hoc* §. aut beneficium reo tributum, ut in id tantùm teneatur, quod facere potest; cujus generis actiones quædam proferuntur, §§. *seqq.* & *ult.* aut mutua creditoris obligatio; de quo §. *seq. vers. propter retentionem*, & §. *pen. eod.*

Si in peculium filii servive) De peculio actio proposita est ex contractu filiorum familias & servorum adversus patrem & dominum, §. *actiones.* 10. *supra eod.* Hac actione non semper solidum consequimur; quia adjectio illa de peculio significat, constitutam illam esse, quatenus est in peculio, ut siquidem non minus sit, quám persequimur, in solidum dominus & pater condemnetur: si verò minus inveniatur, quatenus in peculio sit, *dict.* §. *actiones.* 10. & §. *præterea.* 4. *tit. seq.* Quod in peculio servi filiive habendum, item de quo peculio actio adversus patrem constituta ex contractu filii, alibi expositum est.

Textus.

De repetitione dotis.

37. *Item si de dote in judicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur, si minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est; quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.*

Notæ.

37. *Quatenus facultates*) Facere posse civili ratione hìc dicitur, qui de suo præstare potest honestè, deducto scilicet eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l.* 29. *in fin. l.* 30. *de re jud. l.* 6. *de cess. bon. l.* 173. *de reg. jur.* & in eo tempus rei jud. spectatur, *l.* 5. *sol. matr.*

Ob impensas) Olim non modo necessarias, sed etiam utiles, *l.* 1. *cum seqq. de impens. in res dot.* Hodie retentio permissa ob necessarias impensas dumtaxat, *l. un.* §. 5. *C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, tum quæ sint istæ impensæ, cognoscere ex *l.* 5. *de imp. in res dot. l.* 56. §. *ult. de jur. dot.*

Commentarius.

1 *Beneficium competentiæ quibus quas ab causas detur?*
2 *Quibus personis præter maritum in causa dotis idem beneficium tribuatur?*
3 *Rei dotalis retentio quibus ex causis marito olim concessa: & quid hic novi à Justiniano?*
4 *Et quibus causis reo detur retentio extra causam dotis?*

Sunt quædam personæ, quibus humanitatis causa tributum est, ut ne conveniantur in solidum, sed in id tantum, quod facere possunt: quod beneficium vulgo vocant privilegium & exceptionem competentiæ. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam, ex qua agitur, partim ob personam rei, cum qua agitur. Ob causam soli donatori ex causa donationis convento, §. *seq. in fin.* Ob personam rei variæ ob necessitudinem & conjunctionem personarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, sociis, &c. Ob solam reverentiam reo debitam, unde patrono: ob meritum in remp. unde militi, qui sub armata militia stipendia meret, *l.* 6. *l. item militem* 18. *de re jud.* Denique ob solam commiserationem, unde ei, qui bonis suis cessit, tribuitur, §. *ult. inf. eod.* & interdum filio emancipato, *l.* 2. *quod cum eo qui in al. pot. l.* & *exhæredatum.* 49, *de re jud.* 1

Si de dote mulier agat) Eleganter Theod. Hermop. ad *l.* 73. *de R. J.* Αἰσχύνεται ὁ νόμος παῤῥησίαν δοῦναι τῇ χθὲς καὶ πρώην συγκοινωνῷ τοῦ βίου, παντὸς ἀπογυμνῶσαι τὸν ἴδιον ἄνδρα. *Puduit legislatorem ei, quæ heri nudiusve tertius consors omnis vitæ fuit, facultatem dare spoliandi maritum rebus omnibus.* Non autem marito tantùm adversus uxorem, sed etiam uxori adversus maritum hic honos habetur, & non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti seu uxoris socero de dote convento, *l. patronus.* 17. *l. non tantum.* 20. *cum l. seq. de jud. l. rei judicatæ.* 15. *in fin.* & *l. seq. solut. matrim.* Ex diverso idem quoque honos habetur patri uxoris, si ex promissione dotis à genero conveniatur, *l. ex diverso.* 17. *solut. matr.* nisi jam dissolutum sit matrimonium, *l. sicut.* 21. *l. seq. de re jud.* Quod autem ait, si de dote mulier agat, exempli tantùm causa dicitur. Nam non solùm maritus, cùm ex causa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; sed etiam cùm ex aliis contractibus, *d. l. non tantum.* 20. *de re jud.* nisi soluto 2

luto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor fuit, *l. divortio. 35. de neg. gest.* Atque hoc jure etiamnum utimur. Zypæ. *not. jur. Belg. de jur. dot. in fin.*

Propter retentionem) Diximus, mutuam creditoris, ejusdemque actoris obligationem etiam nonnumquam efficere, ne reus in solidum condemnetur. Id consequitur non tantum per compensationem propriè dictam, cum quantitates utrinque debitæ compensantur; de quo §. *pen. inf.* sed interdum etiam per retentionem, cùm fundus aut alia species ab eo petitur, & vicissim actor ei pecuniam

3 debet. In causa dotis tribuebatur olim marito variis de causis rei dotalis retentio, ob res uxori ab ipso donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas, non modo necessarias, sed etiam utiles. Justinianus autem, sublata ex omni alia causa retentione, solam reliquit eam, cujus hic fit mentio, nempe quæ fit ob impensas necessarias, *l. 1. §. taceat. 5. C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, & quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *l. 5. de imp. in rem dot. l. si is qui. 56. §. ult. de jur. dot.*

4 Extra causam dotis retentio reo tribuitur ex his & similibus causis: si rem, quæ petitur, alii pignori obligatam, pecunia sua liberaverit, *l. 1. quib. mod. pign. solv.* si pignus in aliquam summam nominatim acceptum pro alia summa, quam eidem postea sine pignore credidit, retineat, *l. un. C. etiam ob chir. pec. pign. ten.* Item si in rem alienam, quæ petitur, sumptus fecerit, secundum distinctionem alibi traditam; vid. *l. in fundo. 38. l. sumptus. 48. de rei vind. l. si in area. 33. de cond. ind. §. ex diverso. 30. cum aliquot seqq. sup. de rer. div.* Materiam retentionis distinctè tractat Joan. Fab. in *d. l. un. C. etiam ob chir. pec.* & Costal. in *l. in rebus 18. §. possunt. 2. commod.* add. Papon. *lib. 6. art. 4. arr. 21.* Rebuff. *ad. l. non potest. 117. de verb. sign.*

TEXTUS.

De actione adversus parentem, patronum, socium, & donatorem.

38. *Sed & si quis cum parente suo, patronove agat; item si socius cum socio judicio societatis agat; non plus actione consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.*

NOTÆ.

38. *Socius cum socio*) *D. l. 16.* Quia socii inter se quodammodo fratres sunt, *l. 63. pro soc.* τάξιν γὰρ ἐπέχουσιν ἀδελφῶν. Theod. Hermopol. ad *l. 173. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

Cum parente suo patronove) *L. sunt quidam 16. & l. seq. de re jud.* Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti liberi debent: ac proinde & matri itidem concedendum. *Gutier. 2. pract. quæst. 28. num. 2.* Patrono datur ob solam reverentiam, quam ei debet libertus, *l. 9. de obs. par. & patr.* Addunt & hanc rationem DD. quod filius & libertus parentem & patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quoque statuunt, nec liberos à parente, ultra quàm facere queunt conveniri posse. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum est, *l. patronus. 17. de re jud.* VINN. Rationem, cur patrono idem beneficium tribuatur, quod parenti, jam supra vidimus, quia scilicet liberto loco parentis erat. Vid. supra *tit. de success. libert.* & add. Lactant. *Inst. Div. IV. 3.* HEIN.

Item si socius cum socio judicio societatis) Igitur socio omnium bonorum semper & omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patrono, conjugi, *d. l. sunt quidam 16.* Nam omnium bonorum socio, cùm convenitur judicio societatis, *l. verum. 63. in pr. pro soc.* Quo loco etiam indicatur ratio, ob quam placet socium hoc privilegio frui, nimirum quia socii inter se quodammodo fratres sunt. Quod si sociis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indultum, multo magis veris fratribus idem concedendum, cùm etiam fratri inopi alimenta debeat. Thesaur. *decis. 119.* Christin. *vol. 3. dec. 143. n. 2.* D. Tuld. *comm. b. t. c. 19.* Planè non alias socius hoc beneficio juvatur, quàm si confiteatur, se socium esse. Negantem se socium, placet, ni solidum condemnari, *l. si unus. 67. in fin. pr. soc. l. sed hoc 22. §. 1. de re jud.* Nostris & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter socios habetur ratio, sed sola spectatur rerum communio, conventique, in solidum condemnantur, Gothofr. *in l. 16. de re jud.* Groenevv. *de ll. abr. hic.*

Ex donatione) Is quoque, qui ex liberalitate sua convenitur, in id tantùm, quod facere potest, condemnatur, *l. Divus. 28. de reg. jur.* & quidem is solus deducto ære alieno, *l. inter eos. 19. §. 1. de re jud.* Pinguius enim donatori succurrere debemus, quàm qui verum debitum solvere compellitur, in liberalitate sua inops fieri periclitetur, *l. & exhæredatum*

49. cum

49. *cum l. seq. eod.* Et ita utimur, *consult. JC. Bat. pag.* 1. *conf.* 269. quamvis in Gallia nec hoc observetur. Bugn. *de ll. abr. lib.* 1. *satyr.* 12.

Textus.

De compensationibus.

39. *Compensationes quoque opposita plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quàm ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, poterit judex in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, sicut jam dictum est.*

Commentarius.

Etiam per compensationem reus consequitur, ne in solidum damnetur. Compensatio tunc propriè est, cùm res, quæ numero, pondere, mensura, constant, utrinque debentur; ut ostendimus ad §. *in bonæ.* 30. *sup. eod.*

Compensationes opposita) Etsi compensatio ipso jure actionem minuit, tamen in judicio opponenda & alleganda est, ut judex sciat, esse, quod vicissim debeatur, ejusque in condemnatione rationem habeat. Hæc verò allegatio propriè exceptio non est, sed nuda defensio, quam DD. vulgo exceptionem intentionis & facti nominant, qualis est, si quis se solvisse aut sibi accepto latam dicat: quod latius explicuit ad *d.* §. *in bonæ.* 30.

Plerumque) Hæc particula forte adjecta est propter causam depositi, vectigalium, tributorum, &c. in quibus compensationi non est locus, *l.* 3. *& ult. C. de compens.* Fortassis etiam, quia liquidi tantùm cum liquido compensatio admissa: quod autem ex causa non liquida compensandi gratia objicitur, alii judicio reservandum, nisi initio litis per modum excepitonis objiciatur, *d.* §. *in bonæ.* 30. *l. ult. C. de compens.*

Ex eadem causa) Hæc verba Theophilus non agnoscit. Et sanè etiam quod ex diversa causa debetur, compensari posse constat, *passim tit. ff. & C. de compens.* Paul. 2. *sent.* 5.

Textus.

De eo qui bonis cessit.

40. *Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid acquisierit, quod idoneum emolumemtum habeat, ex integro in id, quod facere potest, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari.*

Notæ.

40. *Qui bonis cessit*) Ex Ulpiano *l.* 4. *de cess. bon.*

Idoneum emolumentum) Non modicum, sed quod alicujus momenti sit, quo prætor moveri possit, *l.* 6. *l.* 7. *eod.*

Ex integro) Id est, ἐξ ὁλοκλήρου, de integro, rursus, denuo, non εἰς ὁλόκληρον, in solidum.

Commentarius.

1 *Quid sit facere posse, & quid hoc reo retribuat?*
2 *Quibus rebus deductis id æstimetur?*
3 *Quale sit hoc beneficium, personæ, an rei cohærens?*

Hic iterum proponitur species, ubi beneficium reo datum facit, ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor, qui non habet exceptionem competentiæ, solidum quod debet, solvere compellitur: si nequit, in carcerem ire volente creditore cogitur, nisi bonis cedere malit, *l.* 1. *C. qui bon. ced.* nam bonorum cessione pœnam carceris evitare potest, utique si sua non malo more amisit, prodegit, aut fraudulenter alienavit, *l. si quis dolo* 51. *de re jud. l. verum.* 63. §. *hoc quoque.* 7. *pro soc.* add. Gomez. 2. *resol.* 11. *num. & ad l. Taur.* 79. *num.* 2. Ben. Stracch. *de merc. tract. de decoctorib. part.* 3. *num.* 9. Cæterum non uti carcere, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur, ac proinde si postea facultates aliquas, quæ modo alicujus momenti sint, iterum acquisierit, denuo efficaciter conveniri potest: sed jam ita, ut non in solidum, quod amplius debet, sed solùm in quantum facere potest, damnetur, *l.* 4. *l.* 6. *&* 7. *de cess. bon.* Beneficium ei tributum ex sola commiseratione, ut in extremo hujus §. indicat Justinianus. De materia cessionis latè disputare non est hujus loci: videndi DD. *ad tit. ff. & C.* eo pertinentes, Schneid. *hic.* Damhoud. *prax. civ. cap.* 70. Pet. Greg. 22. *synt.* 8. *& aliquot seq.* Afflict. *decis.* 348. *& seq.* Thesaur. *decis.* 36. *&* 182. Christin. *vol.* 4. *decis.* 123. ubi plurimos citat, qui ex professo hanc materiam tractant. Cæterum antequam hinc abeamus, quærendum est, quale sit hoc beneficium, quod competentiæ vocant, & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet, si cognoverimus quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id æstimandum, sitne beneficium personæ, an causæ. Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honestè, deducto videlicet prius eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l. inter eos.* 19. *in fin.*

fin. l. cum ex causa 30. *de re jud. l.* 6. *de ceſſ. bon. l. in condemnatione.* 173. *de reg. jur.* & in eo tempus rei judicatæ ſpectatur, *l.* 15. *ſolut. matrim.* Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, ſi ſolvendo non ſunt, in carcerem detrudi non poſſunt, aut cogi, ut bonis cedant; ſed ne totum quidem, quod habent, iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quærere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditiones perſonarum habenda; cùm lautiori cibo nobilem veſci, quàm ruſticum oporteat, & alius illi, quàm huic cultus corporis conveniat. De quo Tiraq. *de nobilitate. cap.* 20. *num.* 143. *& ſeq.* Coler. *de proceſſ. p.* 2. *cap.* 3. *num.* 115. *& ſeqq.* Utrumque contra eſt, cùm hoc beneficium ceſſat, quippe omnium actionum ſine hoc beneficio hæc conditio eſt, ut quamvis reus ſolvendo non ſit, ſolidum tamen præſtare compellatur, aut de ſuo, aut ſi id non poteſt, aliunde, unde ſolvat, ſumere, aut poſtulante creditore in carcerem ire, niſi paratus ſit bonis cedere, *leg.* 1. *C. qui bon. ced.* Atque ut creditor pareat carceri, omne tamen quod habet, condemnato auferre poteſt, ut nihil ei, ne ad victum quidem reliquatur: de quo vide Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 123. *n.* 15. *& ibi allegat.* Hoc quod ita

2 quemque facere poſſe dicimus, aliter in donatore æſtimatur, aliter in cæteris. In donatore, deducto ære alieno; in cæteris, etiam non deducto: pinguius enim donator ſuccurri placuit, quàm veris debitoribus, *l. ſunt qui.* 16. *l. inter eos.* 19. *in pr. &* §. 1. *l. & exhæredatum.* 49. *de re jud. l.* 12. *de donat.* Inter eos, quibus ex ſimili cauſa debetur, occupantis conditio melior: nec deducitur, quod ejuſdem conditionis hominis debetur, *d. l. inter eos.* 19. ubi vid. Don. Denique ſi actor eadem paupertate, qua reus, prematur, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miſerationis præponderat rigor juris, magiſque debitorem, quàm creditorem, egere convenit. Zaſ. *ad l.* 12. *& ſeqq. ſolut. matrim. num.* 20. Coler. *part.* 2. *cap.* 3. *num.* 121. D. Tuld. *comm. in hunc tit. cap.* 19.

3 Beneficium hoc perſonale eſt: non cauſæ, ſed perſonæ cohærens: & ideo nec in hæredem tranſit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri hæredes extiterunt, *l.* 12. *& ſeq. l. etiam filius.* 18. *ſolut. matrim. l.* 14. *& ſeq. de re jud.* add. Pet. Fabr. *ad l. Divus.* 28. *de reg. jur.* Gomez. *in leg. Tauri.* 30. *& tres ſeqq. num.* 49. Neque fidejuſſori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitori hoc beneficium proſit: quippe cum fidejuſſor totum quod præſtitit à reo principali repetere poſſit, *l. & ſi fidejuſſor.* 24. *de re judic.* Neque hoc iniquum aut abſurdum eſt: quoniam relatio, quæ eſt inter creditorem & debitorem principalem, & propter quam beneficium tribuitur, non eſt inter creditorem & fidejuſſorem, nec rurſus inter hunc & debitorem principalem. Quid quod debitor dando fidejuſſorem tacitè exceptioni competentiæ renuntiare videtur? utique enim hoc agimus fidejuſſorem accipientes, ut in omnem eventum nobis cautum ſit, §. *ult. inſ. de replicat.* Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & executi debeat, quàm ad fidejuſſores perveniatur; tamen quod creditor à reo conſequi non potuit, rectè exiget à fidejuſſore: quoniam eodem jure non electione & litis conteſtatione, ſed demum ſolutione obligatio perimitur, *l. ult. C. de fidejuſſor.* Don. *ad d. l.* 34. *de re judic.* Bachov. *hic.* fusè Hering. *de fidejuſſor. cap.* 27. *part.* 4. *num.* 80. *& ſeqq.* Alia cauſa eſt defenſoris, cujus in omnibus rebus eadem cauſa eſſe debet, quæ domini foret, ſi eum ipſo ageretur, *l. alia cauſa.* 14. *ſolut. matrim. l. verum.* 63. §. 1. *pro ſoc. l. minor.* 51. §. 1. *de proc.*

TITULUS SEPTIMUS.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

Dig. Lib. 14. *Tit.* 5. *C. Lib.* 4. *Tit.* 16.

Continuatio, & ſumma tituli.

Jure civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem, qui contrahentem in poteſtate habet, §. *actiones.* 10. *tit. præc.* Nam etſi jus poteſtatis facit, ut ſervus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant; non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filii aut ſervi obligentur, atque alteri actio adverſus eos acquiratur. Cæterum hunc juris rigorem quibuſdam in caſibus prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potius actionum qualitatibus, qui-

quibus dominus & pater ex contractibus filii aut servi conveniri possunt. Hujus generis sex hoc tit. proponuntur, quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso. Sub finem adjicitur casus, quo ex contractu filii pater non obligatur, cùm ex eadem causa ex contractu servi obligetur dominus.

TEXTUS.

Scopus & nexus.

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum servorumque agitur, opus est, ut de hac actione & de cæteris, qua eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis, qui in potestate parentum sunt, eadem fere jura servantur, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his propriè servetur, separatim ostendemus.

COMMENTARIUS.

SUperius mentionem habuimus) §. *actionem.* 10. *præced. tit.* ubi obiter egit de actione de peculio; quam nunc plenius, ut & cæteras, quæ ex conventionibus filiorum & servorum adversus patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat.

Fere eadem jura servantur) Merito adjecit particulam *fere.* Nam primum servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur, §. *item inutilis.* 6. *sup. de inut. stip. l.* 14. *de obl. & act.* filii autem familias obligantur, & cum iis agi tamquam cum patribusfam. potest, *l. si filiusfam.* 39. *d. tit.* Deinde servus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio: filius ex ea causa patrem de peculio non obligat, propter Senatusconsultum Macedonianum, §. *pen. inf. eod.* Præterea si servus fidejusserit, rem peculiarem non agens, si liberum se mentitus judicium acceperit, compromiserit, jusjurandum detulerit, ex his causis actio de peculio in dominum non datur. Diversum est in filiofamilias, *l.* 3. §. *filiusfam.* 5. *& seqq. l.* 5. §. 2. *de pecul.* Postremo quia servi peculium simplex est & unius generis, totum in domini, à quo profectum est, potestate, dominus ex contractu servi sine distinctione tenetur: pater autem non de omni peculio tenetur, sed de eo tantùm, quod ipse totum in potestate habet, cujusmodi hodie solum est profectitium; de quo plura scripsims ad *d.* §. *actionem.* 10. *sup. tit.* In cæteris omnibus eadem omnino jura ex negotio gesto cum servis & filiisfam. servantur. De servis autem quæ tractantur, satis constat, usum hodie non habere.

TEXTUS.

De servis quod jussu.

1. *Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum prætor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.*

COMMENTARIUS.

SI jussu domini cum servo negotium gestum est, merito adversus dominum actio quod jussu daretur, atque adeo in solidum: nam quodammodo cum eo ipso contrahitur, qui jubet. Ulp. *l.* 1. *in princ. quod juss.* Ait Jurisconsultus *quodammodo*: verè enim non cum domino, qui jussit, sed cum servo contrahitur: sed alioqui cessaret actio quod jussu, ut accidit, cùm dominus servi tantùm ministerio utitur, ipse autem contrahit; veluti si mutuam pecuniam accepturus eam servo numerari jubeat; quo casu quod jussu non competere, sed domino condici, scriptum est in *l. ult. quod jussu. fac. l. qui autem.* 14. *cum l. seq. de pec. const.* Sic ubi pater in contrahendo filio nudo ministerio utitur, ipse solus non filius obligatur, *l.* 4. *C. hoc tit. d. l. ult. quod juss.* At si filius jussu patris contraxerit, uterque tenetur, pater quod jussu, filius directo, *l. pen. eod. l.* 3. §. *sed utrum.* 4. *de minorib.* Jussum autem domini hic accipere debemus, sive jusserit, sive mandaverit, sive ratum habuerit, aut servi chirographo subscripserit, *l.* 1. §. 1. 3. 4. *&* 6. *quod juss.* VINN. *Jussum* autem propriè de patre & domino dicitur, ut *mandatum* de extraneis. Nam quia hoc consensu duorum consistit: pater filio non mandat, utpote qui unam cum illo personam constituit, sed *jubet*: quemadmodum tutor *auctoritatem*; curator *consensum* interponere dicitur. Accuratè hæc distinguere solebant veteres. Quomodo *jussum* & *auctoritas* differant, docet *l.* 25. §. 4. *ff. de adquir. vel omitt. hæred.* in qua nihil esse mutandum, contra virum eximium Jac. Gothof. *Comm. ad l.* 29. *ff. de R. J.* alibi ostendimus. Add. *Elem. nostra jur. civ. secundum ord. Inst.* §. 250. * *p.* 137. HEIN.

TEXTUS.

De exercitoria & institoria actione.

2. *Eadem ratione prætor duas alias in solidum actio-*

actiones pollicetur; quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum, magistrum navi præposuerit, & quid cum eo, ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte, aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo, ejus rei causa, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones prætor reddit, & si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit; scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniat.

NOTÆ.

2. *Cùm quis tabernæ*) Taberna hìc est ἐργαστήριον, statio, officina. Gloss. juris, *taberna*, ἐργαστήριον. Hinc tabernarius, *l. 5. §. 7. de inst. act.* id est, ἐργαστηρίου ἄρχης. Gloss. Gr. Lat.

COMMENTARIUS.

1 *Cum magistro & institore ipso etiam directo agi posse: quamquam in praxi hoc non receptum.*
2 *Si plures exerceant, singulos in solidum teneri: sed apud nos hoc non obtinere.*
3 *Exercitatores non habere actionem adversus contrahentes cum magistro aut institore.*
4 *In contractibus cum præpositis ineundis diligenter observandam legem præpositionis: ubi multa notabilia.*

SI quid cum servo, quem dominus magistrum navi præposuit, contractum sit ejus rei causa, cui præpositus est, ad eam rem actio adversus dominum edicto prætoris constituta est, quæ exercitoria appellatur, *tit. ff. C. de exercit. act.* Similiter si quid cum servo, quem dominus tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præfecit, ejus rei gratia gestum sit, in dominum eo nomine actionem prætor pollicetur, quæ dicitur institoria, *titul. ff. & C. de instit. action.* Illa á præponente, qui exercitor dicitur, nominata est; hæc à præposito seu institore propter commoditatem sermonis. Utraque eamdem æquitatis rationem habet, quam superior illa quod jussu, nimirum, quia voluntate domini negotium gestum, ac proinde cum eo ipso quodammodo contractum intelligitur, *§. ult. inf. eod. l. si institore. 29. de reb. cred.* unde merito etiam in solidum utraque proposita est.

Ad quem quotidianus navis quæstus) Exercitor dicitur, ad quem omnes obventiones & redditus navis pertinent, sive is dominus navis sit, sive è domino navem per aversionem conduxerit, *l. 1. §. exercitorem. 15. de exerc. act.* Magistrum autem navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est, maximè quidem cui ab exercitore, sed tamen etiam cui ab institore, *d. l. 1. §. 1.* junct. *§. magistrum. 5.* ubi etiam ratio hujus rei redditur.

Institores vocantur) Institor, auctore Ulpiano, ex eo appellatus est, quod negotio gerendo instet: nec multum refert, inquit, tabernæ sit præpositus, an cuilibet alii negotiani, *leg. 3. de inst. act.* puta rebus emendis, locandis, permutandis: ut declarent exempla *l. 5. eod.* Quamvis autem procurator, qui mutuis accipiendis pecuniis præpositus est, propriè institor non sit, placet tamen adversum eum, qui præposuit, utilem ad exemplum institoriæ actionem dari, *l. pen. eod. l. 5. C. eod.*

Et si liberum quis hominem) *L. 1. §. cujus autem. 4. de exerc. act. l. 7. §. 1. & l. 8. de instit. act.* quibus locis traditur, nihil interesse cujus conditionis sit, qui navi aut tabernæ præponitur, masculus an fœmina; paterfam. an filiusfam. pupillus an adultus aut ætate major; homo liber an servus præponentis, an alienus. Ex converso quoque parvi referre traditum est, quis præposuerit, *d. l. 1. §. parvi autem. 16. d. l. 7. §. 1. l. 1. 2. & ult. C. eod.* Nam & si is, qui in potestate aliena est, ejus voluntate navem aut tabernam exerceat, & quid cum eo, quem magisterio navis aut tabernæ præposuit, gestum sit, in eum, cujus in potestate est, judicium datur, *d. l. 1. §. si is qui. 19. de exerc. act.* & si mulier sit, quæ navem aut tabernam exercet, tenebitur & ipsa ex contractu eorum, quos præposuit; nec juvabitur Senatusconsulto; quoniam in obligationibus principalibus viro comparatur, *d. l. 1. §. parvi autem 16. de exerc. d. l. 7. §. 1. de inst. act. l. 4. C. eod.* nec sunt contractus hujusmodi alieni, sed ipsius mulieris. Græci *in Basilic.* 53. οὐδὲ γὰρ ἀλλότριά εἰσι ταῦτα συναλλάγματα ἀλλ' αὐτῆς τῆς γυναικός. Enim verò pupillus ex præpositione ut obligetur, necessaria est tutoris auctoritas, *d. l. 1. §. parvi autem. 16. l. 9. de inst. act.*

Eadem æquitatis ratio) Conditio personæ præpositi non debuit impedire humanitatem prætoris. Nam sive servus sive homo liber administrationi alicui præponatur, semper is, qui cum præponit, eo animo esse intelligitur, ut

ut velit in ea administratione factum præpositi præstare, ne contrahentes, qui præponentis magis quàm præpositi fidem sequuntur, decipiantur: estque hoc æquissimum, ut quorum ex contractu commoda publicè percipimus, eorum quoque in eadem causa facta agnoscamus, *l. 1. in pr. §. 2. & 4. de exerc. act. l. 1. de inst. act.* Quamquam summo jure hæ causæ ad actionem adversus alium, quàm cum quo revera contractum est, acquirendum non sufficiunt. Planè cum quæritur, adversus quem actio detur, interest homo liber an servus sit, cum quo ut magistro aut institore contractum est. Nam servus ex contractu civiliter non obligatur, neque judicio agi cum eo potest, *l. 6. C. de jud. l. 14. de obl. & act.* & ideo solus dominus hìc conveniendus est actione exercitoria. Si liber sit, uterque tenetur, & qui proposuit, & qui præpositus est: habetque creditor electionem, utrum cum magistro aut institore directo agere, an cum iis, qui eos præposuerunt, exercitoria aut institoria experiri velit, *l. 1. §. est autem. 17. & §. pen. de exerc. act. l. 6. §. ultim. naut. caup. stab.* Nec obstat *l. ult. de inst. act.* ex qua quidam adstruxerunt, institores ipsos ex negotio institorio nomine gesto non teneri nec conveniri posse: nam, ut rectè plerique respondent, non proponitur in specie *d. l. ult.* institor, qui cum aliquo contraxit, aut se institorio nomine obligavit, sed qui tantùm professus est, esse penes mensam præponentis certam summam pecuniæ: ex cujusmodi nuda scriptione ad fidem mensæ protestandam, *om credit van de tafel te onderbouden*, mirum non est, si post mortem præponentis conveniri non possit. Costal. *in d. l. ult. & ad l. 1. §. est autem. 17. de exerc. act.* ubi tamen refert aliud placuisse Curiæ Parisiensi, eamque censuisse, institores non rectè conveniri ex iis contractibus, quos nomine institorio inierunt, sed in dominos actionem esse intendendam, nisi domini eos, qui pro se gesserunt, pro institoribus non haberent. Quæ sententia etiam in praxi recepta est. Christin. *vol. 3. dec. 33. num. 9.* add. D. Coren. *obs. 26. re à sup. sen. Holl. jud.* Unde Angelus in *l. eandem. 9. de duobus reis*, ait, quod factores licet mille litteris se scribant debitores, non propterea possunt conveniri, quod videntur scribere factorio nomine. Similia & Decius *cons. 510.* Si plures navem aut tabernam exerceant, placet, singulos in solidum conveniri posse: ne in plures adversarios distringatur, & qui cum uno contraxerit, *l. 1. §. ult. l. 2. 3. & 4. de exerc. act. l. habebat. 13. §. ult. & l. seq. de instit. act.* Sed hoc apud nos receptum non est, ut mercaturæ noxium: sed singuli pro portionibus exercitionis tantùm conveniri possunt. Grot. *lib. 3. cap. 1. & 2. de jur. bell. cap. 11. num. 13.* Groenevv. *de ll. abrog. hic.* An igitur & ex contrario navem aut tabernam exercenti actio constituta est adversus eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt? Minime. Neque enim eodem auxilio indigent, cùm actione ordinaria, pura mandati, locati, negotiorum gestorum, cum magistro aut institore agere possint, *l. 1. §. sed ex contrario. 18. de exerc. act. l. 1. de instit. act.* Planè si ab his rem suam servare nequeant, ex æquitate illis succurri solet etiam contra eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt, *d. §. sed ex contrario 18. l. 1. de exerc. act. l. 2. de instit. act.* Qui autem magistrum aut institorem in potestate habent, actiones ex contractibus eorum sibi quæsitas exercet. Illud porro animadversione dignum est, quod non ex omni causa ex contractu magistri aut institoris obligetur, qui eos præposuit: sed eos dumtaxat negotio, quod gestum est ejus rei gratia, ad quam præpositi sunt, ut in hoc text. dicitur, & exemplis declaratur ab Ulpiano in *d. l. 1. §. non autem. 7. & seq. de exerc. act. l. 5. §. non tamen. 11. & seqq. de instit. act.* Proinde in contractibus cum institoribus aliisve officio alicui præpositis incundis lex & forma præpositionis diligenter observanda est, *d. l. 1. §. igitur. 12. de exerc. act. l. sed si. 11. §. conditio. 5. de instit. act.* adeoque ipsum genus commissionis vel officii expendendum, & persona quoque ejus, cum quo contrahitur, examinanda, *l. qui cum alio. 19. de reg. jur.* Costal. *in l. 5. §. non tamen. 11. de instit. act.* Quid dicemus, si præpositi mutuas pecunias sumpserint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita est. Si non habeant, cautè creditoribus agendum. Utique præpositio ad ea quoque extenditur, quæ sæpe incidenter & per consequentiam rei principaliter commissæ veniunt. Unde si verbi gratia navis reficienda aut instruenda sit, & magister in eam rem pecuniam mutuetur, actio in exercitorem dabitur, neque creditor abstringetur ad hoc, ut ipse curam reficiendæ navis suscipiat, probetve, pecuniam in refectionem erogatam esse, *l. 1. §. qui si. 8. l. ult. de exercit. act.* Cæterum non alias utiliter ager, quàm si concurrant illa omnia, quæ exigit Africanus in *d. l. ult.* & Gloss. & DD. *ibidem.* Summa est, si cùm crederetur pecunia, navis in ea causa fuerit, ut refici deberet: si ea lege credita, ut in refectionem navis impendere-

retur: si creditor sciverit, eum, cui credidit, magistrum ei navi præpositum: si non majorem summam crediderit, quàm ad eam rem esset necessaria; postremò si in eo loco crediderit, ubi id, propter quod pecunia creditur, comparari potest. Eademque fere dicenda, si quis institori pecuniam crediderit, & de actione institoria adversus dominum danda quæratur, *d. l. ult.* §.*ult.* eoque jure etiam hodie, utimur. Christin. *volum.* 3. *decis.* 33. *n.* 2. eleganter & practicè Joan. Fab. *hic num.* 8. & *seq.* Foller. ad Marant. *part.* 4. *dist.* 22. adde quæ nos ad Pet. Peck. *in titul. rei naut. ad d. l. ult.* Moribus harum regionum ex contractu uxoris palam negotiationem exercentis, maritus obligatur, sed & uxor quoque tenetur, uti sæpissime judicatum testatur Christin, *vol.* 2. *decis.* 27. Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio SCti utitur. Neostad. *obs. rei judic.* 18. add. Sand. *lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 3. & 4. Grot. 1. *introd. cap.* 5. Quod autem qui aliquam uxorem ducit, simul omnia ejus debita in se trahit, id non ideo fit, quia contractus uxoris maritum obligat, sed quia matrimonium parit communionem totius æris alieni, cujus partem dimidiam velut debitum proprium vir exsolvere cogitur, alteram dimidiam tanquam administrator totius familiæ, ac proinde & negotiorum uxoris. Gud. *lib.* 3. *cap.* 11.

TEXTUS.

De Tributoria.

3. *Introduxit & aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodquod inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione distribuatur. Et ideo tributoria vocatur, quia ipsi domino distributionem prætor permittit. Nam si quis ex creditoribus quæratur, quasi minus ei tributum sit, quàm oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.*

NOTÆ.

3. *Quia ipsi domino distributionem*) Ipse dominus tribuendi facultatem habet ex prætoris edicto, *l. ult. eod.*

Quàm oportuerit) Hæc actio dolum malum coercet domini, *l.* 8. §. 2. *eod.* id est, propter iniquam distributionem datur: cogiturque dominus per hanc actionem in medium afferre, quicquid mercium occultaverit. Theoph.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hìc quarta actio ex contractu servi in dominum à prætore comparata, quæ tributoria vocatur, id est, distributoria sive contributoria. Nam si quid cum servo in peculiari merce sciente domino negotiante contractum sit, jubetur dominus, quod ex ea merce & quod eo nomine receptum est, æqualiter inter creditores tribuere seu partiri; in qua partitione & ipse quoque, si quid ei debetur sive mercis nomine, sive alia ex causa, admittitur, *l.* 1. *l.* 5. §. *per hanc actionem.* 5. & *seqq. de tribut. act.* Si autem dolo malo ejus factum sit, quominus ita tribueretur, tributoria in eum datur, ut quanto minus tributum sit, quàm debuerit, præstet. Itaque hæc actio tantùm dolum malum domini coercet, si videlicet malitiosè in distribuendo versatus sit, merces penes se retinuerit, aut sciens prudens perire sit passus. Quod si tribuere nolit, potest evitare actionem mercibus cedendo, *l.* 7. §. 1. & *deinceps. eod.*

Sciente domino negotietur) Dominus peculium servo concedens hoc ipso etiam jus contrahendi servo concedere intelligitur, *l.* 1. §. *item acquirimus.* 5. *de acq. poss.* Cæterum hæc voluntas paulo generalior & aliquanto remotior est à singulis contractibus: qua de causa in actione de peculio æstimatio peculii fit deducto eo, quod domino debetur, ut audiemus §. *seq.* At in casu proposito voluntas domini proprius ad negotium accedit: exigitur enim ut saltem non nolit, id est, sciat & patiatur servum in merce peculiari negotiari, *l.* 1. §. 1. & 2. *de trib. act.* Et ideo in actione tributoria placet, dominum privilegium deductionis non habere, sed æquali jure cum cæteris creditoribus in tributum vocari, *d. l.* 1. *in pr.* add. *l.* 1. §. *licet autem.* 20. *l.* 6. *de exerc. act.*

TEXTUS.

De peculio & de in rem verso.

4. *Præterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quicquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit,*

aut

aut familia frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem puta aureis, quos servus tuus à Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos verò quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro cæteris verò quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una sit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit: nec aliter ad peculii æstimationem transit, quàm aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum. Cùm autem quæritur, quantùm in peculio sit, ante deducitur, quicquid servus domino, eive, qui in potestate ejus sit, debet; & quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id, quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in ipsius peculio sit. Quod eo pertinent, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

Notæ.

4. *Quamvis sine voluntate*) Nam si domini voluntate, potest *quod jussu agi*, *l. 5. §. 2. de in rem vers.*

Quicquid necessario) Vel utiliter, *l. 5. §. 3. eod.* quod autem magis ad voluntatem pertinet, non videtur versum. Hoc igitur dominus sine rei detrimento patietur auferri, *l. 1. §. 4. eod.* Locum hunc fusè explicat Ulpianus *d. l. 3. d. l. 5. l. 7. l. 10. eod.*

Licet enim una sit actio) Hujus loci hanc esse sententiam puto, non tantùm singulis actionibus separatim, aut de peculio, aut de in rem verso, agi posse; sed etiam conjunctim, ut simul utrumque caput una formula ita, ut proponitur, in judicium deducatur. Eamque formam agendi esse commodissimam, ut mox ostenditur. Cæterum actio de in rem verso non minus sola & per se instituì potest, quàm illa de peculio, *l. 1. princ. §. 1. l. 14. l. 19. in fin. de in rem vers. §. seq. & §. ult. inf. eod.*

Duas habet condemnationes) Quando scilicet actioni de peculio illud emblema de in rem verso adjicitur. Altera enim seorsum & simpliciter intentata ad alteram ex eadem causa non datur regressus, arg. *l. 9. §. 1. de trib. act. & §. seq. inf. eod.*

Ante deducitur, *&c.*) Naturalia debita spectamus in peculii deductione, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. l. 11. §. 1. de pecul.* quemadmodum ex contrario quod dominus servo debet, peculium auget, *l. 17. eod.*

Commentarius.

1 *Notatur & refutatur error eorum, qui putant, actionem de peculio, & eam de in rem verso, non esse duas distinctas actiones.*

PRæter superiores quatuor sunt adhuc actiones duæ, edicto item prætoris ex contractibus servorum adversus dominum proditæ, quæ explicantur hoc loco, actio de in rem verso, & actio de peculio: quarum illa ob commodum, quod ex contractu servi ad dominum pervenit, constituta est; hæc ob dominii voluntatem, uti & præcedentes: quamquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quæ hujus generis sunt, eumdem effectum adversus dominum habent, *l. 1. §. licet autem. 20. in fin. l. 6. de exerc. act. l. 1. per tot. de tribut. act.* junct. *l. 1. §. item acquirimus 5. de acq. poss.*

Et quamvis sine voluntate domini) Actio de peculio dicitur dari ex negotio sine voluntate domini gesto, non quod nulla omnino voluntas domini præcedat: nam, ut sæpe alibi diximus, peculium servo concedit, hoc ipso ei etiam jus contrahendi tacitè permittere intelligitur, per *d. l. 1. §. item acquirimus. 5. de acq. poss.* sed respectu actionum præcedentium, quæ ut competant, requiritur vel voluntas aperta, ut in actione quod jussu, exercitoria, & institoria, vel præter generalem concessionem peculii saltem scientia domini & patientia, ut in tributoria, cùm de peculio dominus obligetur, etiamsi nesciat, servum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam est, quod licet illa quod jussu, item exercitoria & institoria, in solidum dominus teneatur, in tributoria quod sibi debetur non deducat; de peculio tamen non teneatur, nisi pro modo peculii, & cum jure deducendi, quod ipsi servus debet.

Sive quid in rem ejus versum) Dominus de eo, quod servus sine voluntate ejus contraxit, quatenus in rem ejus versum est, in solidum tenetur actione de in rem verso; idque sive habeat servus peculium, sive non habeat, aut non tantum habeat, quantum acceptum est. Nam etiam ubi cessat actio de peculio, de in rem verso locum habet, *l. 1. in princ. & §. 1. de in rem vers.*

Quicquid necessario in rem ejus, *&c.*) Ostendit exemplis, quid, quando in rem domini versum intelligatur. Et quidem quicquid servus necessario in rem domini impendit, in omne

omne citra controversiam in rem ipsius versum intelligitur, *l.* 3. §. 1. *l.* 5. *l.* 6. *eod.* Sed tamen & quod utiliter gessit impenditve, in eadem causa est, *l.* 5. §. 2. *& passim. tot. tit. eod.* nisi quod in non necessariis non amplius in rem versum intelligatur, quàm est verum ipsius rei pretium; cùm in necessariis spectetur pretium conventum, *d. l.* 5. *in pr. eod.* Ut ego generaliter dicam, toties de in rem verso actio competit, quoties procurator mandari, aut negotiorum gestor negotiorum gestorum actionem habet: quotiesque servus ita impendit, ut dominus rem suam aut meliorem haberet, aut non deteriorem, *d. l.* 3. §. 2. Quod verò in voluptariam causam impensum est, non videtur versum: nam nec procurator hoc imputaret; & non debet dominus ex eo onerari, quod ipse facturus non esset, *d. l.* 3. §. *sed si mutua.* 4. Planè impensæ honestæ & consuetæ dominum de in rem verso obligant, *l.* 7. §. 3. *eod.*

Licet enim una sit actio) Ita hoc loco disputat Justinianus, quasi actio de peculio & actio de in rem verso non sint duæ distinctæ actiones, sed una tantùm, quæ habeat duo capita duasque condemnationes. Unde quidam existimaverunt, actionem de in rem verso non esse propriam formulam & per se constantem, sed accessionem & appendicem dumtaxat actionis de peculio institiam & exemptitiam. Proinde creditorem, qui de in rem verso agere instituit, de peculio actionem postulare oportere, ita ut simul illud emblema de in rem verso adjici postulet. Hotom. Tuning. *hic.* Quidam verò actioni de peculio etiam inesse adjectionem de in rem verso, nec actionem de in rem verso per se exerceri, nisi cùm deficit actio de peculio. D. Cujac. *hic.* Duar. *in tit. de in rem vers.* Neutri bene, meo quidem judicio. Nam, ut ego existimo, actio de in rem verso tam propria & per se constans formula est, quàm ea de peculio: potestque, non tantùm cum actio de peculio deficit, sola & per se institui, veluti cùm peculium servo sine dolo malo ademptum est, aut morte servi peculium extinctum, annusque, intra quem de peculio agi poterat finitus; quibus casibus hæc actio etiam necessaria est, *l.* 1. §. 1. *l.* 14. *l. filiusfam.* 19. *in fin. de in rem vers.* sed etiam tunc, cùm simul de peculio competit, §. *seq. in fin. &* §. *ult. l.* 1. *hoc tit. d. l.* 1. *in princ.* Et cur tamdem quæso non liceat mihi, si velim, de in rem verso seorsum agere, quamvis & de peculio experiri queam? Cùm autem simpliciter de peculio agitur, negamus, clausulam illam de in rem verso de peculio actioni inesse aut pro adjecta haberi. Æstimatum quidem tunc quoque quid in rem domini versum est, sed tanquam servo debitum, ut tanto plus in peculio esse censeatur: uti docet *d. l.* 1. §. *ult. & d. l.* 19. At in condemnatione seorsum ejus, quod versum est, ratio non habetur, sed universi peculii sic, ut de toto deducatur, quod versus domino debet. Quod secus est, si adjecta fuerit clausula de in rem verso, ut docemur hoc text. Et ex contrario si simpliciter de in rem verso actum sit, peculii nulla ratio habetur, sed ejus tantùm, quod in rem versum est. Quid igitur est, quod Justinianus hic ait, unam esse actionem, qua de peculio, deque eo, quod in rem versum sit, agitur? Nimirum ostendere voluit, non tantùm singulis actionibus separatim aut de peculio aut de in rem verso agi posse, sed etiam conjunctim, unaque actione, ut caput simul utrumque ita, ut proponit, in judicium deducatur: eamque agendi formam esse commodissimam: propterea quod tunc utriusque rei ratio habeatur, & prius dominus damnetur in solidum ejus, quod in rem ipsius versum esse probatum fuerit, de quo non deducit, quod sibi debet: & si illud non sufficiat, tum porro damnetur, quatenus est in peculio, salvo beneficio deductionis. At seorsum altera intentata ad alteram ex eadem causa regressus non datur: per *l.* 9. §. 1. *de trib. &* §. *seq. hoc tit.*

Ante deducitur quicquid servus domino, &c. debet) Quemadmodum quod dominus servo debet, peculium auget, *l. si servus* 17. *in fin. de pecul.* ita ex contrario, quod servus domino debet, peculium minuit, atque extra peculium reputatur, quasi dominus prævenerit, & cum servo egerit. Idemque est, si quid servus debeat iis, qui in potestate domini sunt, quoniam hoc quoque domino debetur, *l.* 5. §. *ult. l.* 9. §. 2. *&* 3. *d. tit.* Unum excipitur, si servus ordinarius qui debeat vicario suo, quod ideo placet de peculio ordinarii non deduci, quia aut ipse vicarius, ita & peculium eius in peculio ordinarii est, *d. l. servus* 17. Ordinarius vicarii veluti dominus vicarii, vicarius δῦλος εἰκὼν Gloss. Græc. Lat.

TEXTUS.

De concursu dictarum actionum.

5. *Cæterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio, deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit*

erit stultissimus, si omissa actione, qua facillimè solidum ex contractu consequi posit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium & tantum habere, ut solidum sibi solvi posit. Is quoque, cui tributoria actio competit, aquè de peculio, & de in rem verso agere potest. Sed sanè huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur quod domino debetur: & in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria ejus tantùm, quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii, aut quarta, vel etiam minima negotiari: majorem autem partem in prædiis, aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certè qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.

Notæ.

5. *Dominus conditio præcipua non est*) In tributorio judicio non melior conditio domini, quàm cæterorum creditorum, *l.* 1. *de trib. act.*

Ante deducitur quod domino debetur) Nam in actione de peculio dominus habet privilegium deductionis, *d. l.* 1. & §. 4. *sup. eod.*

In hac actione totius peculii) In actione de peculio totius peculii: in tributoria ejus dumtaxat partis, de qua negotiatum est, ratio ducitur, *l.* 11. *de trib. act.*

Aut fœnebri pecunia) Ergo locum non habet institoria in fœnebri pecunia. Pac.

De in rem verso agere debet) Id est, expedit ei potius de in rem verso agere, quàm tributoria, propter solidi condemnationem. Theoph.

Commentarius.

Locus hìc planus est. Docet, ex uno eodemque negotio & contractu servi plures actiones concurrere & simul competere posse. Ut ecce, si servus peculium habens negotiationi alicui præpositus sit, & quid in utilitatem domini verterit, locus est & actioni institoriæ, & de peculio & de in rem verso. Cujus rei hæc ratio est, quod hæ actiones non sunt actiones propriæ & per se constantes, sed tantùm actiones ex contractu adjectiones. Exempli gratia, si quid institor vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantùm revera actione dominus tenetur, videlicet ex empto; sed trifariam ex ea causa conveniri potest, ex empto institoria, ex empto de peculio, ex empto de in rem verso. Concurrunt verò hæ actiones non cumulativè, ut loquuntur, ut pluribus vel simul vel succesivè uti liceat, sed electivè, ut liceat unam eligere experiundi gratia; una autem electa seu in judicium deducta aliæ consumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio descendunt, *l.* 9. §. 1. *de trib. act. l.* 4. §. *ult. h. tit.* Planè de peculio, deque eo, quod in rem versum est, simul agi potest, sed una judicii formula caput utrumque complectente, ut superius dictum est.

Sed erit stultissimus) Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis sunt uberiores aut commodiores, monet creditorem, ut in eligendo cautionem adhibeat, simul eum docens, quænam illæ sint, quibus plenius aut facilius suum consequi posit; quod electione, non interpretatione indiget.

Textus.

De filiisfamilias.

6. *Quæ diximus de servo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in potestate sunt.*

Commentarius.

Hoc idem in principio hujus tit. monuit promittens, si quid propriè in patre & filio observaretur, id separatim se indicaturum: cujus rei unum exemplum mox §. *seq.* adducit: plura ejusmodi notavimus ad *d. pr.*

Textus.

De Senatusconf. Macedoniano.

7. *Illud propriè servatur in eorum persona, quod Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt; & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem, neptemve, (sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint) quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentem insidiebantur.*

Commentarius.

1 *Scopus Senatusconsulti. An hodieque ei sua vis cons-*

constet. An ei filius renuntiare possit. An in foro animæ se ejus auxilio tueri.

Filiusfam. ex contractu suo & ipse obligatur, *l. filiusfam.* 39. *de obl. & act.* & patrem obligat de peculio, §. *actiones.* 10. *sup. de actionibus, l.* 3. §. *filiusfam.* 5. *& deinceps de pecul.* Una tantùm causa excipitur, ex qua placet, nec ipsum nec patrem ejus obligari, nempe si pecuniam mutuam acceperit: quod effectum est Senatusconsulto Macedoniano, cujus sententiam breviter hic complectitur Justinianus.

Senatusconsultum Macedonianum prohibuit) Hoc Senatusconsultum auctoritate Vespasiani factum refert Suetonius in ejus vita *cap.* 11. *Auctor*, inquit, *Senatui fuit Vespasianus decernendi, ne filiorumfam. fœnerationibus exigendi crediti jus unquam esset, hoc est, ne post patris quidem mortem.* Tacitus autem *lib.* 11. *annal. c.* 13. id Claudio tribuere videtur, dum ait, eum coercuisse sævitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiusfam. fœnori darent. Vinn. Eleganter hos auctores in concordiam reducit Pet. Fab. *Semestr. l.* 25. *p.* 142. ubi observat, Vespasianum sub Claudio Cos. fuisse duobus novissimis anni mensibus. Suet. *Vesp. cap.* 4. Utrumque ergo verum esse potest, Claudio hoc SC. tribuendum esse & Vespasiano: illi tanquam Principi; huic tanquam Consuli referenti ad Senatum. Jus enim referendi tum adhuc Coss. fuisse, patet ex Gell. *Noct. Att.* IV. 10. Cui hæc non satisfaciunt, is per me credat, Vespasianum de SCto. sub Claudio facto & postea desuetudine inumbrato iterum ad Senatum retulisse. Hein.

Mutuas pecunias dari) Duo hìc notanda. Primum, eum solùm contra Senatusconsultum facere qui mutuum filiofam. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit: modo ne quid factum sit in fraudem Senatusconsulti, *l.* 3. §. *is autem* 3. *de Senatusc. Mac.* Deinde solam pecuniæ numeratæ dationem Senatusconsulto prohibitam: cæteras autem res omnes utiliter filiofam. mutuo dari, nisi & in his fraus Senatusconsulto quæratur, *l.* 7. §. *mutui.* 3. *d. tit.* Illud non refert, utrum pecunia sub usuris mutuo data sit, an sine usuris, *d. l.* 7. §. *sive autem* 9. quamvis Senatus præcipuè prohibuit filiisfam. fœnerari, *l.* 1. *d. tit. l.* 3. *C. eod.* Planè ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatusconsulti auctoritas, quæ filiof. studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus suppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem, quam pietas paterna non denegaret, *d. l.* 7. §. *quod dicitur.* 13. *l.* 5. *C. eod.* Et in universum cessat Senatusconsultum, si pecunia in rem patris versa, *d. l.* 7. §. *proinde.* 12. aut voluntate patris credita sit, *d. l.* 7. §. *interdum.* 11. *l.* 12. *eod. l.* 2. *l. ult. C. eod.*

Qui in potestate parentis) Sine discrimine sexus aut gradus, *l.* 9. §. 2. *l.* 14. *eod.* Nec refert, frugi sit filiusfam. an non; magistratus, an privatus: nisi castrense aut quasi castrense peculium habeat, ad cujus quantitatem placet cessare Senatusconsultum, quia in eo vice patrisfam. fungitur, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *eod.* In filiofamil. sub armata militia militante in totum cessat, *l. ult.* §. *ult. C. ad senat. Maced.*

Denegatur actio) Nempe si contra Senatusconsultum factum esse appareat. Quod si de eo ambigatur, exceptio adversus actionem dabitur, *l.* 1. *de Senatusc. Mac.* junct. *l.* 9. *de jurej.* quæ est illa à Jurisconsultis toties usurpata exceptio Senatusconsulti Macedoniani.

Vel emancipatione sua potestatis esse cœperint) Cùm scilicet pecunias mutuati essent, quo tempore adhuc in potestate erant. Nam vetat Senatusconsultum pecuniam credi filiofam. cæterisque liberis, qui in potestate sunt, *hoc text. d. l.* 1. *l.* 14. *eod.* non vetat credi jam emancipatis aut aliter sui juris vivo adhuc patre effectis, *l.* 3. §. *ult. eod.*

Quæ ideo Senatus prospexit) Non sine gravi causa Senatus cavit, ne cui, qui filiofam. mutuam pecuniam dedisset, actio petitiove daretur. Nam hoc modo dum creditores à datione pecuniarum deterrentur, præciditur filiisfam. materia luxuriei, & occasio contrahendi æs alienum, quo cùm opprimi cœperunt, verendum amplissimus ordo existimavit, ne ad præmaturum atque improbum successionis & mortis paternæ votum impellantur, *d. l.* 1. *& hoc text.* Simile est apud Ciceronem in defensionem Sixti Roscii. D. Tuldenus in *comm. ad hunc tit. cap. ultim.* quærit, & de eo aliquando dubitatum scribit, an etiam hodie secundùm mores harum regionum vis sua Senatusconsulto constet. Et putat constare, sed certis tantùm casibus, quoties scilicet creditor sciens in luxum pecuniam dedit, aut ea lege, ut post mortem patris redderetur cum fœnore. Extra hos casus, qui perpetuam æquitatis rationem habeant, Senatusconsultum mansuetudini morum & humanitati nostrum temporum non convenire. Illud etiam tractatum est, an filiusfam. se hujus Senatusconsulti auxilio tueri possit in foro conscientiæ. Wamesius *cent. civ.* 2. *cons.* 99. Tuldenus ad *tit. C. ad Senatusc. Mac. n.* 4.

res-

respondent, in judicio animæ filiusfam. utentem exceptione Senatusconsulti tutum non esse, nisi creditor ipsi pecunias ad profusionem & luxum sciens subministraverit. Ad quem ferme modum & Covar. *ad cap. quamvis de reg. jur. in 6. p. 2. §. 3. num. 5.* qui illud quoque ibidem quærit, an filiusfam. exceptioni Senatusconsulti renuntiare valeat. Et rectè cum DD. comm. concludit, non posse. Quid si renuntiatio juramento corroborata sit? Putat idem Covar. *eod. loc.* tunc validam esse renuntiationem. Sed hoc vix est, ut ex ratione juris civilis defendi possit. Unde Zasius *lib. 2. sing. resp. cap. 28.* etiam injuratam renuntiationem valere censuit; non utique ut filius renuntiatione sua patri præjudicet, sed sibi. Quam sententiam judicio supremi Senatus Mechliniensis comprobatam refert Christin. *vol. 3. decis. 35. n. 10.*

TEXTUS.

De actione directa in patrem vel in dominum.

8. *Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse à patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.*

COMMENTARIUS.

CUi quod jussu vel de in rem verso, item cui exercitoria vel institoria competit, is etiam directo patri & domino condicere potest, *l. si institorem 29. de reb. cred. l. si quis. 17. §. ult. de inst. act. l. ult. pro soc.* Quod ego prudentium auctoritate introductum arbitror, qui postquam à prætore obliqua agendi ratio constituta esset, etiam directam admiserint, hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit, *hoc text. & dd. loc.* Hodie obliquæ istæ actiones, seu potius actionum adjectiones, quod jussu, tributoria, de peculio, de in rem verso, usum non habent: quoniam neque servos ullos habemus: neque liberi nostri eo jure apud nos sunt, quo apud veteres fuerunt. Tenemur quidem ex contractibus institorum nostrorum aut alias præpositorum, sive liberi nostri sint, sive extranei, sed soli & directo, sicut supra quoque monuimus: ut proinde nec exercitoria nec institoria in usu amplius sit, quamvis nomini adhuc frequententur: ut merito hunc titulum magna parte contrarium moribus nostris notet Christin. *vol. 3. dec. 34.* post Bernard. Autumn. *in collat. jur. Gallici cum Rom. C. hoc tit.*

TITULUS OCTAVUS.
DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 9. Tit. 4. C. Lib. 3. Tit. 41.
Continuatio.

SUperiore titulo actum de judiciis, quæ in dominos datur ex servorum contractibus, nunc agitur de iis, quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam servi non solùm contrahendo dominos obligant, sed etiam delinquendo. Ex delictis privatis (publica enim huc non pertinent) duplex actio est; nam & extra ordinem criminaliter eo nomine agi potest, & civiliter, *l. ult. d. del. priv. l. ult. de furt. l. ult de injur.* Criminaliter ex delicto servi cum domino non agitur, sed in ipsum servum eum solum accusatio & vindicta criminis dirigitur, nisi forte jubente domino deliquit; quo casu etiam dominus tenetur, sed ex delicto proprio, ut quilibet alius, cujus mandatu flagitium aliquod perpetratum est, uti notatum sup. ad *§. illud. 7. de mand.* Civiliter verò seu pecuniariè cum solo domino agi potest: & si quidem jussit dominus servum delinquere, aut cùm prohibere posset, non prohibuit, in solidum obligatur, perinde ac si ipse deliquisset: si verò ignoravit, aut cùm sciret, prohibuit, sed frustrà, noxalis actio in eum datur; cujus hæc vis est, ut si damnatus fuerit, liceat ei deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, *l. 1. cum 3. seqq. hoc tit.* De peculio ex delictis prodita non est, sicut nec ex contractibus noxalis, *d. l. 1. l. ex pœnalibus. 58. de reg. jur.*

TEXTUS.
De servis. Summa.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut

aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxæ dedere.

COMMENTARIUS.

EX *maleficiis*) Nomine maleficii & quasi maleficium hic accipiemus, quemadmodum supra contractus appellatione & quasi contractus continetur.

Veluti si furtum fecerint) Noxales actiones appellantur, quæ non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus dominos instituuntur, *l. 1. h. t.* veluti si furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint: nam exempli tantùm causa quatuor istæ delictorum species nominantur. Planè delicta seu noxas accipere debemus privatas: nam ad eas noxas, quæ publicam exercitionem habent, hæc actio non pertinent, *l. si quid sit* 17. §. *noxas.* 18. *de ædil. edict. l. hæc stipulatio.* 200. *de verb. sign.* Hinc autem apparet, actiones noxales non esse proprias & per se consistentes actiones, sed actionum ex delicto adjectiones, sicut actio de peculio adjectio est actiones ex contractu.

Aut litis æstimationem) Sola litis æstimatio in obligatione est: nam noxæ dedendi potestatem dominus à lege accipit, *l. 6. §. 1. de re jud.* unde intelligimus, non esse necessarium, ut in judicio noxali aut actor disjunctivè petat, aut judex disjunctivè sententiam pronuntiet; quamvis ita & pronuntiare usitatum, *§. 1. inf. de off. jud.* & peti consultum; ne, dum simpliciter litis æstimationem petimus, videamus arguere scientiam domini, & malè agere.

TEXTUS.

Quid sit noxa & noxia.

1. *Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficium, veluti, furtum, rapina, damnum, injuria.*

COMMENTARIUS.

NOn omnino abs re est, ut plerique clamitant, quod hic tradit Justinianus, vocabulo *noxæ* significari auctorem maleficii servum. Nam etsi passim non minus noxa quàm noxia pro ipso maleficio usurpatur, *l. 1. l. 2. §. 1. l. si quis.* 14. *de nox. act. l. quid sit.* 17. §. *noxas.* 18. *de ædil. edict. cum simil.* negari tamen non potest, quin aliquando veteres noxæ appellatione etiam ipsum servum, qui deliquit, intelligant: veluti cùm dicunt, dominum habere *noxæ dedendæ* facultatem, *l. item veniunt.* 20. §. *item* 5. *de hær. pet. l. 6. §. 1. de re jud.* item *noxam dedere l. 1. in fin. pr. de his qui dejec. §. 1. inf. de off. jud.* Neque enim aliud est noxam dedere, quàm dedere servum noxiosum. Servius ad illud Virgilii 1. *Æneid. v. 45. Unius ob noxam, &c. Quidam noxa, quæ nocuit, noxia, id quod nocitum accipiunt.* Planè cùm dicunt noxæ dedere, noxa maleficium significat: est enim imperfecta illa locutio, & vetusta consuetudine subaudiendum, *nomine*, ut *noxæ* sit genitivi casus. Eadem forma dicimus, cavere damni infecti, satis legatorum desiderare, *l. 3. §. 2. ut in poss. leg. &c.* nisi noxam pro pœna accipimus, ut noxæ dedere idem valeat, quod dedere pro pœnæ noxæ: nam & in noxam, & ad noxam dedere legimus, *l. 1. §. cum arietes.* 21. *si quadr. paup. fec. l. si in re.* 19. *§. ult. h. t.* & veteres glossæ Philoxeni noxæ deditum interpretantur ἐκδοτοι εἰς χίλιασιν, teste Salmas. *l. 2. de mod. usur. p.* 888.

TEXTUS.

Ratio harum actionum.

2. *Summa autem ratione permissum est, noxæ deditione fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.*

COMMENTARIUS.

SIcut durum atque acerbum videtur, ei, qui damnum passus est, nulla ex parte satisfieri; ita & iniquum visum, dominum ex maleficio servi in plus teneri, quàm ut noxæ eum dedat, *l. 2. in pr. hoc tit.*

TEXTUS.

Effectus noxæ deditionis.

3. *Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus servum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus servi dominium à domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est servus, resarcierit quæsita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.*

NOTÆ.

3. *Invito domino manumittetur*) Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. De homine libero noxæ dedito idem tradit Papinianus apud Rufin. *titul. de atroc. injur.*

COM-

Commentarius.

Dominus servum noxæ dedendo liberatur ab æstimatione litis, servique dediti dominium in perpetuum ab eo discedit, quamvis non statim pleno jure migret in eum, cui deditus est: nam noxæ deditio. Quiritarium dominium non transfert, sed bonitarium tantùm, hoc est, facit, ut deditus in bonis esse incipiat ejus, cui deditur, *l. electio. 26. §. ult. h. t. l. 2. in fin. si ex nox. caus. ag.* Sed hac distinctione non amplius utimur, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Sin autem damnum) Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem consequi non potest, quamcumcumque pecuniam offerat: in proposito tamen placuit, eum posse, servumque noxæ deditum, si quæsita aliunde pecunia damnum sarcierit, auxilio prætoris, invito domino, cui deditus est, manumitti. Cujus ego rei hanc esse rationem puto, quod causa servitutis apud hunc dominum est damnum, quod ei datum est: quæ causa cùm cesset oblata damni æstimatione, cessare etiam debet effectus.

Textus.

De origine harum actionum.

4. *Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto prætoris. Legibus, veluti furti ex lege 12. Tabularum, damni injuria ex lege Aquilia. Edicto prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.*

Hic locus confirmat quod supra diximus, actiones noxales ab actionibus ex delicto non differre specie, sed tantùm qualitate adjectitia, cujus is effectus est, ut servum noxæ dedere liceat.

Veluti furti) Intellige nec manifesti in duplum. Nam furti manifesti actio non legitima, sed honoraria est, *inf. de perp. & temp. act. circa fin. pr.* Accursius, Contius, Cujac.

Textus.

Qui conveniuntur noxali actione.

5. *Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum actio est. Si autem in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxam commiserit, & is servus tuus esse cœperit, (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio, quæ ante directa fuisset.*

Commentarius.

1 *Cùm servus ex contractu ne quidem post manumissionem conveniri queat, cùr placeat, eum manumissum ex delicto directa actione teneri?*

Noxalis actio caput sequitur) Iisdem verbis hæc regula affertur in *l. qui ex pluribus. 20. h. t.* Plerumque autem dicitur, *Noxa caput sequitur, l. ult. eod. l. 1. C. eod. l. rem mihi. 21. in fin. commod. l. 1. §. si apud. 18. depos. l. 1. in fin. de priv. del. l. quod dicitur. 18. de furt. l. 4. C. an serv. pro suo fact.* Id est, noxa aut potius noxalis obligatio & actio cum capite nocentis ambulat, committaturque auctorem noxæ servum, quocumque erat, & ad quemcumque perveniat. Unde in venditionibus servorum hæc clausula adjici solita erat, *eos noxis solutos esse, l. 1. §. 1. & pass. de ædil. edict.* hoc est, non esse in ea causa, ut dominus eorum nomine judicio noxali conveniri possit.

Si manumissus fuerit) Huic etiam casui accommodatur regula, *Noxa caput sequitur, l. 1. §. si apud. 18. depos. l. 4. C. an serv. pro suo fact.* Cæterum quia manumissus ipse judicio conveniri potest, cessat actio noxalis, & cum eo directè agitur, perinde ac si, quo tempore deliquit, liber fuisset, *l. quod ab alio. 15. de cond. furt. d. l. 4. C. an serv. pro suo fact.* At enim cùm servus ex contractu servitutis tempore inito ne quidem post manumissionem conveniri queat, *l. 1. l. 2. & 5. C. d. tit.* excepto casu speciali, *l. 5. C. eod.* cur placet, ex delicto tempore servitutis commisso manumissum directè conveniri? Non sanè quia obligatio ex delicto, quæ ante naturalis erat, post manumissionem incipit esse civilis; ut putant D. Hotomann. & Tuning. nam & ex contractibus servi naturaliter obligantur, *l. 14. de obl. & act.* sed quia delicta domino ignorante & nolente committuntur, atque in invitos & ignorantes, ut proinde hinc nata obligatio personæ ipsius servi planè inhæreat, servumque æquè ac liberum pœnæ subjiciat, quæ etiam ipsi servo irrogatur, cùm de coercitione corporali quæritur. Tantùm obstat conditio servi, quominus pecuniario & civili judicio cum eo agi possit, quod obstaculum manumissione removetur. Contractuum verò dissimilis ratio est. Nam servus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur:

tur: quippe cui dominus peculium concedendo etiam jus contrahendi tacitè concedit, ut qui cum servo contrahit, non tam servi, cum quo scit nullam sibi actionem esse posse, quàm domini personam spectare videatur.

Si liber homo) Hoc exemplum superiori contrarium est: nam ut illic actio noxalis ex postfacto incipit esse directa, ita hic directa fit ex postfacto noxalis. Nimirum semper actiones ex delicto venientes cum capite ambulant, *l. 7. §. 1. de cap. min. l. 1. in fin. de priv. del.*

Textus.

Si servus domino noxiam commiserit, vel contra.

6. Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum & eum, qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque eum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus tibi noxiam commiserit, & is postea in potestate tua esse cœperit, interdicitur actio: quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

Commentarius.

Quod dictum est, ex maleficiis servorum noxales actiones proditas esse, noxamque sequi caput nocentis, eumque manumissum quoque teneri, id ita se habet, si servus extraneo noxiam commiserit, secus autem si domino: nam hic jus potestatis facit, ut nulla ab initio nascatur actio, *l. 1. C. hoc tit. l. ult. C. an serv. pro suo fact.* ubi facetè Diocletianus & Maximianus jubent, dominum servum domi convenire, id est, verberibus castigare.

Et ideo si in alienam potestatem) Consectarium ex præcedenti. Nam ex eo, quod ob noxam à servo in dominum commissam nulla actio nascitur, hoc necessario sequitur. Neque enim potest actio, quæ nata non est, servum auctorem noxæ sequi, aut post ejus alienationem vel manumissionem demum nasci, *d. l. ult. C. an serv. pro suo fact. d. l. 1. C. hoc tit. l. quod dicitur. 18. de furt.*

Unde si alienus servus) *L. si alienus 37. hoc tit. d. l. ult. C. an serv. pro suo fact.* Regula de extinctione obligationis postquam in eum casum recidit, à quo incipere non potest, à me exposita est ad §. *ex contrario 14. sup. de legat.*

Interdicitur actio) Legendum haud dubiè *intercidit*, cum Ruffardo, Cujacio, & Hotomanno. Theophilus reddidit ἀπισβέννυται, id est, *extinguitur*: quo verbo in eadem re utitur Triphonin. *d. l. si alienus 37. hoc tit.*

Licet exierit de potestate) Quoniam actio semel extincta non restauratur, *d. l. ult. & d. l. alienus 37. l. qui res 98. §. aream. 8. de solut.*

Si dominus in servum suum) Hoc eamdem rationem habet: quia scilicet nulla ex ipso facto nata fuit actio.

Textus.

De filiisfamilias

7. Sed veteres quidem hoc in filiisfamiliarum masculis & fœminis admisere: nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem rectè respuendum esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum & maximè filiam, in noxam alii dari, ut pene per filii corpus pater magis quam filius periclitetur? Cùm in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc benè excludat. Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: cùm apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, ipsos filiosfamiliarum pro suis delictis posse conveniri.

Notæ.

7. *In noxam alii dare, ut pene per filii corpus*) Cujac. *ex lib. vet. dare, ut peno per corpus pater magis, &c.* &c. quomodo & Theoph. legisse videtur.

Pro suis delictis convenire) Etiam pecuniariè, *dd. ll.* Quin in patrem etiam post condemnationem actio judicati de peculio datur, *l. 3. §. 11. de pecul.*

Commentarius.

Apud veteres non minus filiorum filiarumque familiæ noxæ deditio, quàm servorum permittebatur: nam patri non minor in liberos, quàm domino in servos potestas erat. Sed postea illud displicuit, diu tamen ante tempora Justiniani, ut alibi probavimus, *l. 33. & seqq. hoc tit. l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 5. §. pen. de obl. & act.* Paul. *2. sent. 31.* Papin. *apud leg. Mos. & Rom. pariatorem, tit. 2.* Rationes displicentiæ variæ his afferuntur. Prima sumitur à miseratione liberorum, qui ita in servitutem alii tradebantur: cui adjungitur alii à favore pudicitiæ, tangens præcipuè sexum fœmineum. Tertia ducitur à miseratione

ne patris : quo facit *l.* 8. *in fin. quod met. cauf.* Chryfoft. *hom.* 29. *in Genef. c.* 9. ἴσμεν ὡς πολλάκις ηὔξαντο πατέρες ὑπὲρ παίδων τιμωρίαν ὑποσχεῖν, &c. *Scitis, fæpè patres optare pœnam pro liberis fuftinere.* Poftrema ex eo, quod ipfi liberi ex delictis fuis pecuniariè quoque conveniri pofsint : qui fi condemnati fuerint, judicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque poft condemnationem actio judicati de peculio datur, *l.* 3. §. *idem fcribit.* 11. *de pecul. l. & fi.* 35. *de nox. act.* Actionum noxalium hodie nullus ufus eft, quoniam fervos non habemus. Vinn. Vel potius, quia fervos non habemus ejus conditionis, cujus erant fervi Romanorum. Servi, quales Germanicæ originis generis femper habuerunt, (vid. Tac. *de Mor. Germ. c.* 25.) qualefque etiamnum in Weftphalia aliifque locis fub nomine hominum propriorum reperiuntur, non funt res, fed perfonæ, quamvis glebæ adfcriptæ. Et hinc fi deliquerunt; non dantur noxæ, fed ipfi vel mulctantur, vel caftigantur. Hein.

TITULUS NONUS.
SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

D. Lib. 9. *Tit.* 1.

Nexus.

In numero actionum noxalium eft & actio de pauperie: nam quemadmodum fuperiores ob noxam fervi, ita hæc ob noxam animalis in dominium datur, ut aut damnum farciat, aut corpus quod nocuit, noxæ dedat.

Textus.

De actione, fi quadrupes ex l. XII. Tabb.

Animalium nomine, quæ ratione carent, fi qua lafcivia, aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio leg. 12. *Tabb. prodita eft: quæ animalia fi noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex* 12. *Tabb. fcripta eft, ut puta, fi equus calcitrofus calce percufferit, aut bos cornu petere folitus, cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet. Cæterum fi genitalis fit feritas, ceffat actio. Denique fi urfus fugerit à domino, & fi nocuerit, non poteft quondam dominus conveniri, quia defiit dominus effe, ubi fera evafit. Pauperies autem eft damnum fine injuria facientis datum. Nec enim poteft animal injuriam feciffe dici, quod fenfu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.*

Notæ.

Aut feritate) Non naturali, fed qua contra naturam generis fui animal motum pauperiem dedit, *l.* 7. §. 7. *hoc tit.* ἐξέστηκε τῆς φύσεως. Arift. 7. *Eth.* 7.

Ita lex 12. *Tabb. fcripta*) *D. l.* 1. *in pr.* Legis etiam Soloniæ de pauperie meminit Plutarch. in *Solon. p.* 91. vid. & *Levit.* 21. *verf.* 28. *& feqq.* Plaut. 11. *de legib.* Vinn. Lex illa Solonis eft de cane & aliis quadrupedibus obnoxiam dedendis. Sed dubito, an unquam leges Solonis dictæ fint *Soloniæ*. Placuit hæc denominatio Cujacio in Not. ad Paull. *Rec. Sent. lib.* 1. *tit.* 15. §. 1. quia ibi mentio fit legis *Pefulaniæ* de cane. Unde vir fummus legem Soloniam exfculpfit. Vid. *Antiq. noftr. Rom. hoc tit.* §. 2. *p.* 260. Hein.

Contra naturam moventur) Quod fi culpa aut inftigatu hominis fera damnum dederit, damni injuriæ agetur, *d. l.* 1. §. 4. *&* 3. *feqq.*

Si genitalis fit feritas) Id eft, genuina & naturalis, *d. l.* 1. §. 10.

Commentarius.

Animalium nomine) In *rubr. hic, & in* π^{r}. quadrupedum tantùm mentio fit. Nimirum lex 12. Tabb. nominatim de quadrupedibus fcripta fuit, quæ feræ folæ nocere folent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etfi non quadrupes, fed aliud animal pauperiem fecerit, *l.* 4. *hoc tit.* Porro quadrupedum quædam funt pecudes, nimirum quæ gregatim pafcuntur, quædam non pecudes, §. 1. *&* §. *cap.* 13. *fup. de leg. Aquil.* Rurfus non pecudum quædam funt cicures, manfuetæ, domefticæ, ut canes, feles, *l.* 2. §. 2. *ad leg. Aq.* quædam feræ beftiæ, in quibus genitalis eft feritas, ut urfi, apri, leones, *l.* 2. §. *in beftiis* 20. *hoc tit. d. l.* 2. §. 2. *ad leg. Aq.* Ad folas autem pecudes, aut utique ad quadrupedes manfuetas tantùm hæc actio pertinet. De feris tamen beftiis utilis datur, §. 1. *infr. eod.*

Aut pavore) Alias *fervore.* Theophil. κατὰ θερμότητα.

Aut feritate) Non naturali, fed qua contra naturam generis fui mota damnum dederunt: nam motus in animali non nifi qui contra natu-

turam est, huic actioni locum facit, ut mox sequitur.

Noxalis actio) Id est, ita de pauperie, ut si quidem is, cum quo agitur, damni æstimationem præstare velit, animal retinere possit; si verò noxæ dedere malit, liberetur, *l. 1. eod.*

Quia ita l. 12. Tabb. scripta) Et ideo ita scripta, quoniam iniquum erat, ferociam horum animalium ultra corpora ipsorum dominis damnosam esse, *arg. §. 2. tit. præc.* Sanè ex causa etiam gravius coërceri dominus poterit, veluti si sciens vitium animalis, id passus sit vagari sine custode.

Quæ contra naturam moventur) Id est, contra naturalem mansuetudinem omnium ejus generis animalium, & quasi ex contracto quodam vitio, ut exempla equi calcitrosi, & bovis cornu petere soliti ostendunt: alioqui culpa aut instigatu hominis damnum datum credendum est, & lege Aquilia vel in factum agendum, *l. 1. §. itaque 4. cum 3. §§. seqq. hoc tit.*

Si genitalis sit feritas) Id est, nativa. Gell. *lib. 4. cap. 1. Ajunt, Trebatium ex edicto apposuisse, si ea mulier à principio genitali in sterilitate esset.* Et igitur actio de pauperie ob damnum à feris bestiis illatum non conceditur, *l. 1. §. in bestiis 10. hoc tit.*

Denique si rursus fugerit) Si fera nocuit, postquam fugisset, ideo de pauperie non competit, quia nullius erat, cùm damnum daret. Idem est, si fugerit, postquam nocuisset; quia instar servi manumissi est, nec dedi, quæ evasit, fera potest. Sed & si adhuc in potestate sit, tamen de pauperie in dominum non datur; quia cessat hæc actio, ubi genitali feritate animal nocuit, *l. 1. §. in bestiis 10. hoc t.* Cæterum postremo hoc casu, & si non directa, utilis tamen de pauperie competit, *§. 1. inf. eod.*

Quod sensu caret) Id est, non sentit aut intelligit se delinquere, quod rationis usu caret. Nam sensum utique & animam sentientem etiam animalia bruta habent. Sed & injuriam facere dici possunt, eo scilicet sensu, quo & jure uti dicuntur, *sup. de jur. nat. gent. & civ.* Unde si arietes commisserunt, & alter alterum occidit, inter provocantem ceu injuriam inferentem, & provocatum ceu injuriam illatam repellentem, distinguitur, *l. 1. §. cum arietes 11. hoc tit.* vid. Grot. *1. de jur. bell. cap. 2. num. 3.*

TEXTUS.

De actione ædilitia, concurrente cum actione de pauperie.

1. *Cæterum sciendum est, ædilitio edicto prohiberi, nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: & si adversus ea factum erit, & nocitum libero homini esse dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur. Cæterarum verò rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Numquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumat.*

NOTÆ.

1. *Ursum, leonem*) Aliave id genus animalia, quæ noceant, *l. 41. d. tit.*

Et de pauperie) Utilis scilicet, ut supra diximus. Utilis item datur, cùm non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit, *l. pen. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat? & quædam usu nunc recepta.*

EDicto ædilitio vetitum est, ibi canem, verrem, aprum, lupum, aliudve id genus animal, quod nocere solet, habere, qua vulgo iter fit, *l. enim 40. §. 1. cum ll. seqq. de ædil. edict.* ubi verba edicti referuntur.

Nocitum liberi homini) Ob vulnus ab animali nocere solito in via publica homini libero inflictum, actio ex edicto in bonum & æquum conceditur, *l. qua vulgo, d. tit.* scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cùm liberum corpus æstimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum, & operarum amissarum, quasque amissurus quis esset inutilis factus, *l. 3. hoc tit.* Quod si liber homo ex ea re deperiit, ducentorum solidorum judicium datur, *d. l. qua vulgo 41.*

Cæterarum rerum, quanti damnum datum, dupli) Ob damnum à fera bestia aut vitioso animali aliter quàm homine libero vulnerando in via publica datum, in duplum actio datur, *d. l. qua vulgo 41.*

Et de pauperie competit) Utilis scilicet. Nam ut ante dictum est, directa non competit de damno dato à fera bestia; sed nec utilis tunc aliter locum habet, quàm si fera, quæ nocuit, adhuc in potestate sit. An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat, dubitatum est, propterea quod Solon in lege, quam de animalium brutorum pauperie tulit, nominatim canis mentionem facit auctore Plutarcho; & similiter Plato *lib. 11. de legib.* Verisimile autem est, decemviros à legibus Atheniensium suam sumpsisse. Quod ego in medio relinquo: quoniam effectu juris nihil interest, utilem an directam competere dicamus, ut in specie, *l. 2. §. 1. hoc tit.* Si pecus se-

ſecundum naturam ſuam agendo damnum dederit, puta agrum alienum depaſtum ſit, non agitur de pauperie, ſed propria actione de paſtu pecoris, quæ & ipſa noxalis eſt, & ſimul dum de pauperie prodita lege 12. tabb. Paul. 1. *ſent.* 15. *l. qui ſervandarum* 14. *§. ult. de præſcr. verb.* Hodie noxæ deditio non uſurpatur, ſed damnum datum æſtimatur arbitrio judicis. Weſemb. *par. hoc tit. n.6.* Buſius in *l.* 1. *§. planè* 11. *ff. hoc tit.* Grot. tamen, *lib.* 3. *introd. cap.* 38. ſimpliciter jus Romanum refert, quaſi noxæ deditio etiamnum poſita ſit in arbitrio domini: quod & Groenew. *de ll. abrog. hic*, affirmat. Invaluit quoque contra jus civile Rom. *l. Quintus* 39. *§. ad l. Aq.* ut pecus in alieno agro depreheuſum includere liceat, quoad domino paſcuorum ſatisfiat. Weſemb. *d. loc.* Baro Taning. *hic.* Grot. *d. loc.*

Numquam actiones, præſertim pœnales) Hoc idem traditur in *l. pen. de ob. & act. l. numquam* 130. *de reg. jur. l.* 2. *de priv. delict.* De concurſu plurium actionum longa & perplexa, neque hujus loci diſputatio eſt: adeantur Pet. Fab. *ad l. nemo* 43. *§. & d. l. numquam* 130. *de reg. jur.* Don. *lib.* 21. *comm.* 3. Hotom. *illuſt. quæſt.* 29. Tim. Fab. *diſp. anniv.* 28. Bachov. *hic*, qui iſtam materiam ex profeſſo & plenè tractaverunt.

TITULUS DECIMUS.

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Ratio ordinis.

PRæcedentes tituli nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri poſſit. Non incommodè nunc ſubjicitur de perſonis, per quas agere cuique, litemque intendere aut excipere.

TEXTUS.

Per quos agere liceat.

Nunc admonendi ſumus, agere poſſe quemlibet hominem aut ſuo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in uſu fuiſſet, alterius nomine agi non poſſe, niſi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hoſtilia permiſſum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hoſtes eſſent, aut reipublicæ cauſa abeſſent, quive in eorum cujuſvis tutela eſſent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & neceſſaria peregrinatio, itemque aliæ multæ cauſæ ſæpe hominibus impedimento ſunt, quominus rem ſuam ſibi exequi poſſint.

NOTÆ.

Pro populo) Pro populo agebat actor, ſyndicus, συνήγορος, quoniam univerſi agere non poſſunt.

Pro libertate) Quia ſervo jus non erat lege agendi: quam ob cauſam aſſertor conſtituebatur. Livius *lib.* 3. *cap.* 44. Aſſertor eſt vindex alienæ libertatis. Donat. *in And. act.* 2. *ſcen.* 1.

Pro tutela) Id eſt, nomine tutorio pro pupillo; quippe qui propter ætatem ipſe in judicio conſiſtere non poteſt.

COMMENTARIUS.

ALterius nomine agere non poſſe) Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitimæ erant, id eſt, certis ac ſolemnibus formulis conſtabant, *l.* 2. *§. deinde* 6. *de orig. jur.* quam proinde ſuo quemque nomine & præſentem proponere oportebat. Cujus rei arg. eſt caput illud in duodecim tabulis, cujus meminit Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. *Si morbus ætatiſve vitium ne ei ſit, qui in jus vocabit, jumentum dato, ſi volet, arceramve ſternito.* Sed poſtquam actus contentioſæ juriſdictionis qualitatem illam, ex qua olim legis actiones æſtimabantur, amiſerunt, cœperuntque per procuratores exerceri, ſoli actus juriſdictionis voluntariæ, quales ſunt adoptio, emancipatio, manumiſsio, nomen vetus legis actionum & naturam retinuerunt, ut alieno nomine expediri nequeant: eoque refero *l. nemo.* 123. *de reg. jur.* add. quæ ſcripſimus ad *§. ſed. etſi.* 8. *ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.*

Niſi pro populo, pro libertate, pro tutela) Hæ cauſæ neceſſario exceptæ: quoniam nec univerſi agere poſſunt, nec ſervo jus erat lege agendi; quam ob cauſam aſſertor conſtituebatur, *tot. tit. C. de aſſert. tol.* Pupillus autem propter ætatem in judicio conſiſtere non poterat.

Pro tutela) Id eſt, pro pupillo, nomine tutorio. Quod ideo moneo, ne quis hunc locum cum Theophilo interpretetur de duobus in-

inter se de tutela contendentibus, uter ipsorum tutor esse debeat: quod est ineptissimum.

Lege Hostilia) Pacius in notis marginalibus ait, hanc legem tulisse A. Hostilium consulem cum A. Attilio, anno ab urbe condita 580. quo auctore, nescio.

Non minimam incommoditatem) Usus procuratorum perquam necessarius est, ut, qui rebus suis superesse vel nolunt, vel non possunt, vel non satis commodè possunt aut honestè, per alios possint vel agere, vel actionem excipere, *l.* 1. §. 2. *de procur.*

Nam & morbus & ætas, &c.) Hujusmodi impedimenta usum procuratorum initio introduxerunt, *l.* 1. §. 2. *de procur.* quo tamen semel recepto, etiam extra causam necessitatis aut impedimenti per procuratores lis inferri vel suscipi cœpit. VINN. Enimverò quia non ferebant leges, & actiones legis admitterent procuratorem; JCti excogitarant modum, quo possent procuratores salvo illo vetere principio *l.* 121. *ff. de R. J.* admitti. Fingebant enim procuratores quidem mandato constitui, sed litis contestatione fieri dominos litis, adeoque non pro aliis lege agere, vel item excipere, sed pro se ipsis. Plura de hac fictione diximus in *Elem. Jur. Civ. sec. Ord. Inst.* §. 1246. *seqq.* HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis procurator constituatur.

1. *Procurator neque certis verbis, neque præsente semper adversario, immo & plerumque eo ignorante, constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur.*

NOTÆ.

1. *Procurator*) Procurator dicitur, quisquis aliena negotia mandatu domini administrat, *d. l.* 1. *pr.* & §. 1. sed ad propositam materiam pertinent soli procuratores forenses.

Neque certis verbis) *D. l.* 1. §. 1. id est, non verbis solemnibus, aut conceptis, sed nudis. Paul. 1. *sent.* 3.

Cuicumque permiseris) Dummodo procuratorem esse non prohibeatur, §. *ult. inf. de except.* Pac.

Is tuus procurator intelligitur) Specialiter tamen procurator à reo datus, defensor dicitur; quem actor constituit, procurator, *tit. de proc. & defens.* qui sine mandato causam alterius defendit, *ἰδιωτάτως* defensor dicitur, *l.* 28. *l.* 40. §. 2. *l.* 51. *&c. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quale sit officium, & quæ potestas procuratoris, maximè hodie.*

PRocurator in usu juris dicitur, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Nec is tantùm, qui administrat forensia & judicialia sed etiam qui alia quævis extra judicium, *l.* 1. *in pr.* & §. 1. *de procur.* vid. *sup. tit. de mandat.* sed de hoc genere nunc non quæritur. Soli illi ad propositam tractationem pertinent, qui quod alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

Neque certis verbis, neque præsente adversario) *d. l.* 1. §. 1. Hic autem locus indicio est, olim certam fuisse formulam verbis quibusdam solemnibus conceptam, qua procuratores præsentibus adversariis constituerentur.

Rem tuam agere aut defendere) Specialiter tamen procurator à reo datus defensor dicitur; quem verò actor constituit, procurator, nomine generis ad speciem oppositam contracto, *rub. de procur. & def.* Specialissimè autem defensor eum denotat, qui sine mandato absentis defensionem suscipit, §. *si verò.* 5. *tit. seq.*

1 Jure Romano procuratoris officium privatum fuit: quod & nemo subibat invitus, *l. invitus.* 17. *C. de proc.* & quivis mandatu domini exercere poterat, *l.* 1. *eod.* utique si non expressè procurator esse prohiberetur, §. *ult. infr. de exc.* At moribus hodiernis procuratorum munus publicum est, cùm in unoquoque foro certæ personæ designentur, juramentoque adigantur, quæ solæ id munus obeant, singulorumque negotia exemplo advocatorum suscipere cogantur. Quod tuendæ forensis dignitatis causa institutum est, ne scilicet rerum forensium omnino imperiti negotia privatorum apud magistratum defendant, *arg. l.* 1. *de postul.* Bart. *hic. comm. part. ult.* & *sup. de mand.* Gail. 1. *obs.* 43. Merul. *lib.* 4. *dist.* 3. *tit.* 13. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov. cap.* 4. Christin. *vol.* 2. *decis.* 107. Zypæ. *not. jur. Belg. de procur.* qui eodem loco etiam accuratè docet quibus rebus advocati & procuratoris munia discrepent. Quæ sit potestas cujusque procuratoris, ex forma mandati simulque ex mente domini æstimandum est. Aliquando enim plus videri potest mandatum quàm expressum: ut ecce, ei, cui mandatum est in rem agere, censetur quoque, si res mobilis est, mandatum, ut negat ad exhibendum, *l. ad rem.* 56. *de procur.* Nam in universum cui aliquod negotium mandatum est, cuncta simul concessa videntur, sine quibus illud nego-

go-

gotium explicari non potest, *l.* 2. & ibi DD. *de jurisd.* Item procurator ad agendum datus poterit quoque dominum in mutua petitione, quæ forte à reo adversus eum fiet, defendere; quoniam quicumque nomine alieno agit, hoc ipsum etiam cavere debet, *l. servum* 33. §. *ait prætor.* 3. *de procurat.* Ludov. *Rom. singul.* 115. Ex contrario quamvis generale sit mandatum, tamen eo non intelliguntur contineri, quæ verisimile est non facile quempiam mandaturum fuisse, cujusmodi sunt causa famæ, transactio, delatio jusjurandi, & similia, quæ idcirco dicuntur se speciale exigere mandatum, *l. non solum.* 59. §. *ult. l. mandato.* 60. *eod. tit. cap. qui ad agendum.* 4. *x. eod. in* 6. & ibi Glossa. Wesemb. *par. de procur. num.* 7. & 11. Merul. *lib.* 4. *dist.* 3. *tit.* 13. *cap.* 3. & 4. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov. cap.* 4.

TEXTUS.

Quibus modis tutores vel curatores constituuntur.

1 *Tutores & curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.*

COMMENTARIUS.

TUtores & curatores aliis modis, quàm procuratores, constituuntur, nimirum aut testamento à parentibus, aut lege, aut à magistratibus, quibus id specialiter permissum est, ut suis locis expositum est, *lib.* 1. *tit.* 13. & *seqq.*

TITULUS UNDECIMUS.
DE SATISDATIONIBUS.

Dig. Lib. 2. *Tit.* 8. *C. Lib.* 2. *Tit.* 57.

Continuatio. Cautio quotuplex.

QUoniam alieno nomine sine satisdatione agi non potest, multoque minus actio alieno nomine suscipi, non intempestivè tractatio de satisdationibus subjicitur. Videamus igitur, quid sit satisdatio. Cautio alia dicitur nuda, quæ est promissio securitatis sine pignore aut fidejussore, cui si jusjurandum accedat, dicitur juratoria, §. 2. *inf. eod.* alia idonea, quæ satisdatio vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejussoribus, *l. promissor.* 21. §. 2. *de const. pec.* frequentissimè tamen ea, quæ fit datis fidejussoribus, in specie satisdatio appellatur, *l.* 1. *qui satisd. l.* 3. *C. de verb. sign.* & quoties lex aut prætor satisdationem desiderant, regulariter fidejussoribus datis cavendum est, *l.* 7. *de stip. præt.* quamquam nonnumquam & pignora admittuntur, *l.* 1. §. *jubet.* 9. *de collat. leg.* 2. §. 3. *quod legat.* Finis satisdationum & cautionum, de quibus hoc tit. agitur, hic est, ut judicium, eaque, quæ in judicio usque ad sententiam aguntur, tanto magis rata sint, effectumque suum consequantur.

TEXTUS.

De judicio personali.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, ut, si victus esset, nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus. Quæ satisdatio appellatur judicatum solvi. *Unde autem sic appelletur, facile est intelligere. Namque stipulabatur quis, ut solveretur sibi, quod fuisset judicatum. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator verò si in rem agebat, satisdare jubebatur,* rem ratam dominum habiturum. *Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores vero & curatores eodem modo, quo procuratores, satisdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant, si in rem agebatur.*

NOTÆ.

Satisdationum) Satisdare propriè est fidejussoribus datis cavere, *l.* 1. *qui satisd. cog. l.* 3. *C. de ver. sig. l.* 7. *de præt. stip.*

Si alieno nomine judicium accipiebat) Quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus sine satisdatione, *l.* 46. §. 2. *l.* 53. *de procur.* Cæterum & de rato cavere debebat, *l.* 40. §. 2. *h. t.*

Satisdare jubebatur, rem ratam, &c.) Nempe ubi de mandato domini non satis liquidè docere poterat, *arg. l.* 3. §. 2. *ut in poss. leg.* *l.*

l. 1. *C. de proc.* neque enim, qui mandatum domini ostendit, supervacua cautione onerari debet, *d. L.* 1. *C. de procur.*

COMMENTARIUS.

1 *Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato.*

2 *Sed neque tutorem, quem talem esse constat.*

ANtiquitati placuit) Antiqui hujus juris vestigia non pauca nobis in π˜. reliquerunt. Compositores, uti ex iis, quæ sequuntur, apparebit. Proponitur autem hoc jus sub triplici distinctione, actionis in rem & in personam, rei & actionis, personarum principalium & pro his judicio intervenientium.

Satisdare possessor compellebatur) Olim in actione in rem possessor satisdare judicatum solvi cogebatur, *l.* 8. *& alib. jud. solv. l. si eum* 33. *de fidejuss.* Patet etiam ex *l.* 1. *C. uti poss.* si possessor non cavisset, possessionem in adversarium translatam fuisse; nimirum quia periculum erat, ne rem faceret deteriorem: qua de causa res mobilis nonnumquam sequestrari & apud officium deponi solebat, *l.* 7. *in fin. qui satisd. cog.*

Nec rem ipsam, nec litis æstimationem) Hic locus confirmat, quod *sup. de act.* §. *præterea* 31. asseruimus, etiam civilem actionem in rem arbitrariam fuisse, id est, in ea quoque hoc observari solitum, ut primo possessor juberetur rem restituere, post deinde si non restitueret, condemnaretur in litis æstimationem.

Cum eo, aut cum fidejussoribus) Itaque contra quàm Hotomannus existimat, reo condemnato, nec solvente, non tantùm in fidejussores, sed etiam in ipsum reum agi ex hac stipulatione potuit; licet hic propria quoque actione, judicati videlicet, teneretur.

Judicatum solvi) Hæc stipulatio, auctore Ulpiano *l.* 6. *jud. solv.* tres clausulas in unum collatas habet, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Atque ex omnibus his causis committitur, *l.* 1. §. *si reus.* 8. *l.* 5. §. 2. *l. eum querebatur.* 13. *l. ex clausula.* 17. *eod.* Prima autem clausula omnium potissima est, & ideo inde nomen accepit.

Multo magis si alieno nomine) Olim qui in rem judicium alieno nomine suscipiebat, multo magis quàm reus satisdare cogebatur: quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus est sine satisdatione, *l. qui proprio.* 46. §. 2. *l. non videtur.* 53 *de procur.* Sed & præter solitam satisdationem judicatum solvi, etiam de rato cavere debebat, *l. Pomponius.* 40. §. 2. *d. tit.*

Ipse autem qui in rem) Olim qui in rem suo nomine agebat, satisdare non cogebatur. Quippe in cujus persona satisdatio judicatum solvi locum non habebat, cùm actor non damnetur: neque verendum erat, ne is, qui ultro litem intendit, moras nectaret, litemve non persequeretur.

Procurator verò si in rem) Ait, procuratorem actoris satisdare solitum fuisse rem ratam dominum habiturum. Falsa propositio, si de vero procuratore, seu eo, qui speciale mandatum domini profert, accipiatur, *l.* 1. *C. de procur. l.* 3. §. 2. *ut in poss. leg. fac. l. si procurator.* 65. *de procur. l. un. in pr. C. de satisd.* Nam stultum esset, cautionem de rato exigi ab eo, qui mandatum domini ostendit; nec minus iniquum, ubi nullum periculum est, ne dominus iterum agat, procuratorem superflua cautione onerari. At, inquis, qui mandatum non habet ad agendum, pro alio non admittitur, quamvis de rato cautionem offerat, nisi admodum raro, *d. l. Pomponius.* 40. §. *ult. de proc.* Quomodo agitur defendimus enuntiationem Justiniani? Nimirum inter eos, quos procuratores esse aut non esse constat, sunt intermedii, qui se procuratores esse dicunt, & de mandato domini aliquam saltem fidem faciunt, quamvis de eo satis liquide docere non possunt, ac de his solis dicimus textum hunc intelligendum esse, arg. *l.* 3. §. 2. *ut in poss. leg. l.* 1. *C. de proc.* quibus locis perspicuè distinguitur inter eum, cui mandatum esse constat, & de quo dubitatur, ut ille ad agendum alieno nomine admittatur etiam sine cautione, hic non aliter, quàm si de rato caveat. Eadem quoque conditione admittuntur & sine mandato personæ conjunctæ, *d. l. Pomponius.* 40. §. *ult. de proc.* item procurator universorum negotiorum, *l.* 5. §. *qui procuratorio.* 18. *de nov. op. nunc.* VINN. Et hinc hodie de rato non cavent, nisi qui vel mandatum non sufficiens exhibent, vel ex mandato præsumpto agunt, tanquam personæ conjunctæ. HEIN.

Tutores & curatores eodem modo) Ait, tutorum & curatorum eandem in satisdando conditionem fuisse, quæ procuratorum fuit: sed aliquando his agentibus satisdationem remissam. Hæc quoque sententia falsa est. Nam non magis tutores, quos tales esse constat, de rato cavent, quàm procurator, quem talem esse certum est, *l. vulgo.* 23. *de adm. tut.* ejusque rei perspicua ratio est, quam etiam Jurisconsultus *d. loc.* affert, quia non minus tutor, quàm procurator, rem in judicium deducit, ut

ut metuendum non ſit, ne pupillus iterum experiatur. Tunc ſolùm cautio præſtanda, cùm dubitatur, an quis tutor ſit, vel an adhuc duret tutela, *d. l. vulgo.* 23. Quod in procuratore, cùm de mandato dubitatur, obtinere paulo ante diximus. Itaque convertamus potius propoſitionem cum Ulpiano *in d. l. vulgo.* 23. dicamuſque, tutores & curatores de rato non cavere. Adjecta hac declaratione ex eodem Ulpiano, ut ſi dubitetur an quis tutor aut curator ſit, tum cautio jure exigatur.

Verba edicti) Videtur intelligere caput edicti, quod recitat Ulpian. *l. ſervum.* 33. §. *ait prætor.* 3. *de procur.* ubi qui alieno nomine actionem poſtulat, jubetur cavere, ſe eum, cujus nomine agere inſtituit, defenſurum, ſi quid vice mutua ab eo reus petat, & ſimul eum, ad quem ea res pertinet, ratam rem habiturum. Sed ut pars illa edicti non pertinet ad procuratorem ſpeciale mandatum habentem, quippe quem conſtat de rato non cavere, ita nec ad tutorem pertinet, qui idem jus habet: ac tametſi altera illa cautio de defendendo eo, cujus nomine agitur, etiam à procuratore ſpeciali mandatum habente præſtanda ſit; tamen tutores & curatores ne illa quidem ſatiſdatione onerari placuit, *l. ult.* §. 3. *de adm. tut.* Sed de eo non quæritur.

TEXTUS.

De judicio perſonali.

1. *Si verò in perſonam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, qua in rem agitur: ab ejus verò parte, cum quo agitur, ſi quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo ſatiſdare, quia nemo defenſor in aliena re ſine ſatiſdatione idoneus eſſe creditur. Quod ſi proprio nomine aliquis judicium accipiebat in perſonam,* judicatum ſolvi *ſatiſdare non cogebatur.*

NOTÆ.

1. *Siquidem alieno omnimodo ſatiſdaret*) Judicatum ſcilicet ſolvi, *l.* 5. §. *ult. quib. ex cauſ. in poſſ. Omnimodo*, id eſt, etiamſi mandatum habeat, *l.* 21. *rat. rem hab. l.* 1. *in fin. C. de ſatiſd.*

Nemo defenſor idoneus) Regula paſsim tradita. Defenſor idoneus, id eſt, *ἱκανὸς ἀξιόπιστος* locuples, *ἀξιόχρεως*.

COMMENTARIUS.

AB actoris parte eadem obtinebant) Itaque qui in perſonam agebat, ſi quidem ſuo nomine, non ſatiſdabat, ſin alieno, ſatiſdabat, rem ratam haberi, *l. ſervum.* 33. *in fin. de procur.* niſi de mandato conſtaret: nam ubi mandatum apparet, non eſt neceſſaria ſatiſdatio de rato, ut ſupra probavimus.

Ab ejus parte, cum quo agitur) Jure antiquo qui in actione perſonali defenſionem alterius ſuſcipiebat, ſatiſdare cogebatur judicatum ſolvi, *l.* 5. §. *ult. quib. ex cauſ. in poſſ.* & uti eſt in textu, *omnimodo*, id eſt, ſive mandatum non haberet, ſive haberet; quod etiam expreſſum in *l.* 1. *in fin. C. de ſatiſd. l. ne ſatiſdatio.* 21. *rat. rem. hab.* & ſatis intelligitur ex generali regula paſsim tradita, quod nemo alienæ rei defenſor idoneus eſt ſine ſatiſdatione. Rationem hanc eſſe arbitror, quod ſuſceptio judicii ſpecies quædam eſt delegationis, *l.* 11. §. 1. *de nov.* facitque, ut ſubtilitate juris reus liberatus videatur. Ut proinde merito qui in locum rei ſuccedit, & dominus litis efficitur hac cautione oneretur, etiamſi mandatum habeat, ne invito actori alius reus objiciatur. Et inde eſt, quod ſtricta ratione juris in procuratorem ſententia fertur, & actio judicati datur: quamvis ex æquitate prætor actionem in eum denegat, & in reum, cujus revera negotium geſtum eſt, concedit, *l.* 4. *de re jud.*

Quod ſi proprio nomine) Qui ſuo nomine actionem in perſonam ſuſcipiebat, judicatum ſolvi ſatiſdare non tenebatur. In actione in rem contra erat. Differentiæ ratio hæc redditur, quod in actione in perſonam reus non æquè condemnationem evitare poteſt quàm in actione in rem, quippe mora obligationem perpetuat; at eamdem vim adverſus poſſeſſorem non habet, quem placet abſolvi etiamſi poſt litem conteſtatam poſsidere rem deſierit, modo dolo & culpa careat, *l. ſin autem* 27. §. 1. *de rei vind.* de quo plura ſcripſi ad §. *ſic itaque* 14. *in fin. ſup. de act.*

TEXTUS.

Jus novum. De Reo.

2. *Sed hodie hæc aliter obſervantur. Sive enim quis in rem actione conventur, ſive perſonali ſuo nomine, nullam ſatiſdationem pro litis æſtimatione dare compellitur: ſed pro ſua tantùm perſona quod in judicio permaneat uſque ad terminum litis. Vel committitur ſuæ promiſsioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promiſsionem, vel ſatiſdationem pro qualitate perſonæ ſuæ dare compellitur.*

NOTÆ.

2. *Pro litis æſtimatione*) *Ἕνεκα τῆς διατιμήσεως τῆς δίκης*, id eſt, judicatum ſolvi ſatiſdare

re non cogitur: quæ satisdatio ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

Commentarius.

Hodie qui suo nomine quacumque actione convenitur, satisdare de litis æstimatione non cogitur. De litis æstimatione dixit pro judicatum solvi, quæ olim ab eo, qui in rem judicium accipiebat exigebatur.

Sed pro sua tantùm persona) Cujusvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel satisdare, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratoriæ cautioni committuntur pauperiores ut jurent scilicet se facturos, quod alias fidejussoribus datis, promittere debuissent; simul & hoc, si idoneos fidejussores reperire non potuisse, *auth. generaliter. C. de Episc. & Cler.* Personæ quoque illustres non satisda nt, sed jurant, *l. quoties. 17. C. de dign. lib. 12.* A reliquis exigitur satisdatio, exceptis iis, qui immobilia possident, *l. sciendum 15. qui satisd. cog.* quos nec jurare teneri arbitror: alioqui quis locus esset nudæ repromissioni, quæ hoc loco & in rubr. *qui satisd.* opponitur cautioni juratoriæ? Et igitur stabitur nudæ possessoris immobilium promissioni. Interpretes in *l. 1. & d. l. sciendum. 15. d. tit.* fere censent, possessorem teneri ea bona simul hypothecæ obligare. Quod mihi à mente Jurisconsulti in *d. l. sciendum. 15.* valde alienum esse videtur. Quin cautio pigneratitia non minus idonea, immo aliquando utilior est, quàm fidejussoria.

Usque ad terminum litis) Hæc igitur cautio plus continet quàm vetus illa judicio sisti. Nam illi satisfit, si reus judicio exhibeatur, neque necesse est litis exitum expectare. Huic verò non satisfit, nisi terminus litis expectetur. Alia cautio est, quæ novissimo jure in executorem litis exponitur de contestanda lite intra duos menses. *Auth. libellum. C. de lit. cont.*

Textus.

De procuratore actoris.

3. *Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur, in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisdationem procurator dare compellitur. Eodem observando & si tutor, vel curator, vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.*

Notæ.

3. *Vel aliæ tales personæ*) Intellige syndicos, vel actores municipiorum aut corporum.

Litem per alium inferant) Puta vel procuratorem, *l. 11. C. eod.* vel per actorem quem ipse tutor aut curator ex sua persona constituere possunt, *l. un. C. de act. à tut. seu cur. dand.* ipsi verò per se agentes non satisdant, *l. 23. de adm. tut.*

Commentarius.

In actoris persona) Qui ad agendum alieno nomine admitti postulat, siquidem mandatum probet, vel præsentis domini habeat auctoritatem, satisdare non cogitur rem ratam dominum habiturum, *l. 1. C. de satisd. l. si procuratorem. 65. de proc. l. 1. C. eod. l.* [illegible] *§. 2. ut in poss. leg. l. ne satisdatio. 21. rat. rem hab.* sin minus, sine satisdatione non admittitur. Sed nec omnes, qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur, sed solæ personæ conjunctæ, *l. sed & hæ. 35. l. Pomponius. 40. §. ult. de proc.* item procurator omnium bonorum, *l. 7. §. si procurator. 18. de nov. op. nunc.* eademque conditione admittitur, cui an mandatum sit, vel non sit, dubitatur, *d. l. 3. §. 2. ut in poss. legat. d. l. 1. C. de proc.* & secundum hæc temperandi textus generales in *l. servum 33. §. ait prætor. 2. l. non so um. 39. §. 1. de proc.*

Eodem observando & si tutor, vel curator, &c. litem per alium inferunt) Puta vel per procuratorem à pupillo vel adulto constitutum tutore vel curatore interveniente, *l. 11. C. de proc.* vel per actorem, quem ipse tutor vel curator ex sua persona constituere possunt, *l. un. C. de act. à tut. seu cur. dand. §. ult. sup. de curat.*

Textus.

De procuratore rei præsentis.

4. *Si verò aliquis convenitur, siquidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, & sui procuratoris personam per* judicatum solvi *satisdationem solemni stipulatione firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus* judicatum solvi *satisdationis clausulis. Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse quàm hæredes ejus obligentur. Alia insuper cautela vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicium veniet, vel si non venerit, omnia dabit fi-*

de-

dejussor, quæ in condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.

COMMENTARIUS.

De eo, qui nomine rei judicio intervenit, duplex tractatio est. Prima de procuratore rei, id est eo, qui mandatum defendendi habet. De quo agitur *hoc* §. altera de eo, qui mandatum non habet, & in specie defensor dicitur. De quo §. *seq.*

Potest vel ipse in judicium venire, &c.) Superius dictum est, eum, qui alienæ litis defensionem suscipit, teneri omnino satisdare judicatum solvi. Hic proponitur modus, quo reus procuratorem suum ab hoc onere liberare valeat; nimirum si ipse pro procuratore suo vel in judicio vel extra judicium eam cautionem exponat, atque procuratoris sui existat fidejussor.

Pro omnibus judicatum solvi clausulis) Nempe tribus illis, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, *l. 6. jud. solv.*

Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur) Legendum omnino, *ubi & hypotheca rerum suarum cavere compellitur.* Nempe quoniam ipse reus principalis hic fidejussor est, qui etiam alias tenetur, præter satisdationem hoc amplius ab eo exigitur, ut etiam bona sua hypothecæ obliget, quo certius actori cautum sit.

Alia insuper cautela, &c.) Duplicem igitur cautionem in proposito reus præstat; unam pro persona procuratoris sui, alteram pro persona sua. In illa ipse fidejussor est; in hac, qua promittit, se tempore recitandæ sententiæ in judicium venturum, fidejussor non est, necesse potest, sed alium fidejussorem dat, qui idem adpromittat.

Propter personam ipsius exponenda) Non à procuratore, aut male nonnulli; sc. Accurs. & Curt. Theoph. interpretes, sed ab ipso reo, à quo manifestè tam hanc quàm superiorem cautionem exigit Justinianus. Fabrot. Nec minus apertè Theophilus, paraphrastes Græcus. Nam verba illa; *à procuratore*, non sunt Theophili, sed emblema Curtii interpretis Latini. Quod mirum est in editione Theophili non animadvertisse D. Gothofredum.

Omnia dabit fidejussor) A reo in causam propositam datus. Theophilus, *παντα παρέξει αὐτος, ἤτοι ὁ τούτου ἐγγυητὴς*, vel ipse, vel fidejussor. Et ita Cujac. *in not. poster.*

TEXTUS.

De procuratore rei absentis.

5. Si verò reus præsto ex quacumque causa non fuerit, & alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia, inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere: ita tamen ut satisdationem judicatum solvi *pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.*

COMMENTARIUS.

Ad agendum alieno nomine sine mandato nemo admittitur, præterquam paucis casibus, quos supra memoravimus. At defensionem alterius suscipere nemo vetatur, qui modo paratus sit satisdationem judicatum solvi pro litis æstimatione præstare, *l. un. C. de satisd.* Cur tam variè? Nimirum humanum est, atque ideo publicè expedit absentes à quibuscumque posse defendi, *l. servum. 33. §. 2. de proc.* nulla verò aut humanitatis aut ratio publicæ utilitatis suadet, ut cuivis permittendum sit, alieno nomine agere. Sed & multum interest, rei, ne conveniatur à falso procuratore, quoniam domi nos iterum experiri potest; nihil autem interest actoris, à quo reus defendatur, modo idonea satisdatio ea, quam diximus, præstetur. Ex quo porro etiam hoc est, quod defensor statim atque cavit, dominus litis efficitur etiam ante litis contestationem *l. Titius. 76. de procur.* & in ipsum actio judicati datur, *l. Plautius 61. d. tit. l. 4. de re jud.*

TEXTUS.

Unde hæc forma discenda.

6. Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

Ubi hæc forma observanda.

7. Quam formam non solùm in hac regia urbe, sed etiam omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam fore aliter celebratur) obtinere censemus: quum necesse sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam, sequi.

NOTÆ.

6. Judiciorum usu) Usus est omnium rerum optimus magister.

7. Non solùm in hac regia urbe) Constantinopolim intellige, quæ etiam nova Roma appellata est, quod in eam imperii sedes translata. Græci *πόλιν κρατοῦσαν, πόλιν βασιλεύουσαν* appellant. Byzantium ante dicta fuit.

COM-

Commentarius.

1 *Hodiernus satisdationum modus & usus.*

1 HÆc non indigent interpretatione. Cicero *lib.* 1. *de offic. cap.* 28. *Nec medici, nec imperatores, nec oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quicquam magna laude dignum sine usu & exercitatione consequi possunt.* Usus satisdationem hodie perexiguus præterquam adversus debitores extraneos, quos derinuimus, qui alias etiam coguntur domicilium in territorio, ubi agitur, eligere. Actor non de alia cavet, quàm de æstimatione sumptuum litis reo forte vincenti repensanda; adeoque ad nullam cautionem tenetur, si domicilium sub jurisdictione judicis, apud quem agitur, habeat, vel etiam bona immobilia possideat. Procurator sine mandato ad litigandum non admittitur, nisi arcto sanguinis aut affinitatis vinculo ei, pro quo intervenit, conjunctus sit; quo casu admitti solet cum cautione de rato. Defensor idoneum mandatum exhibens judicatum solvi satisdare non tenetur; vid. Gloss. Jo. Fab. *hic.* Tulden. *cap.* 2. & 3. Merul. *lib.* 4. *distinct.* 3. *tit.* 33. *cap.* 1. & *deinceps*, & *sect.* 3. *tit.* 5. *cap.* 1. Wesemb. *qui satisd. cog. num.* 6. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov. cap.* 4. & 5. Christin. *vol.* 2. *decis.* 145. & *ibi citat.* & Nal, *tal.* Groenevv. *de ll. abrog. hic per tot.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HÆREDES ET IN HÆREDES TRANSEUNT.

C. Lib. 4. Tit. 11.

Continuatio.

QUoniam actio alicui constituta non semper durat, sed actiones certo temporis spatio terminatæ sunt; neque etiam omnes, quæ in defunctum competebant, æquè in hæredes dantur; & aliquando nec hæredi datur, quæ competebat defuncto; non abs re est, quod hic titulus superioribus subjicitur ad tractationem de actionibus concludendam.

Textus.
De perpetuis & temporalibus actionibus.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege Senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacræ constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus certos fines dederunt: eas verò, quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipsius prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extendantur, id est, usque ad finem constitutionibus introductum, quales sunt eæ, quas bonorum possessori, cæterisque, qui hæredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur. Absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

Notæ.

Prætoris intra annum erat imperium) Prætores in annum creabantur. Liv. 32. 27. Tac. *ann.* 1. Prætorum anniversariorum edicta erant annua, quæ quisque proponebat initio magistratus sui ex lege Cornelia. Dio 36.

Quas bonorum possessori) Bonorum possessor & fideicommissarius Trebellianus prohæredes sunt, Fabrot.

Commentarius.

1 *Rectène inter actiones prætorias numeretur fideicommissaria hæreditatis petitio?*

EX *lege &c.*) Actiones, quæ ex lege, Senatusve consulto, aut ex principum constitutionibus proficiscebantur, olim perpetuo solebant competere. Nimirum cùm legis & similium juris constitutionum vis esset perpetua, consentaneum videbatur, actiones ex his juris partibus profectas nullo tempore finiri.

Donec sacræ constitutiones actionibus certos fines dederunt) Quod publicæ utilitatis causa constitutum est, ut litium aliquis esset finis, tamdemque aliquando possessores & debitores securi forent, *arg. l.* 1. *de usuc.*

Certos fines dederunt) Ut scilicet actiones triginta & ad summam quadraginta annorum præscriptione excluderentur, *l.* 3. & 4. *C. de præscr.* 30. *ann. l.* 1. §. 1. *C. de ann. exc.* quod tempus nunc abusivè perpetuum dicitur. Paucæ sunt, quæ demum 40. annorum spatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria, sed uno dumtaxat casu, videlicet

licet cùm ipse debitor hæresve ejus obligatæ possessioni incumbunt, *l. 7. §. 1. C. de præscr. 30. ann. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.* Nam extranei possessores bona fide possidentes decem aut viginti annorum, mala fide tenentes 30. annorum præscriptionem opponere possunt, *l. 1. & 2. C. si adv. cred. præsc. d. l. 7. in pr. C. de præscr. 30. ann.* Tuld. *ad d. tit.* Christin. *vol. 4. decis. 81. num. 9.* quamquam & ubi bona fide possidetur, 30. annorum spatium requiri, Senatus hujus provinciæ judicavit, *decis. Cur. Holl. 8.* Ad hæc actiones omnes judicio semel inclusæ non nisi 40. annorum præscriptione excluduntur, *d. l. 1. §. 1. in fin. de ann. exc.*

Tam in rem) Actiones in rem non minus quàm actiones in personam olim perpetuæ fuerunt: utraque autem nunc eodem temporis spatio, id est, triginta annis terminantur. Neque enim illæ, quæ in rem sunt, simplici exceptione temporis decem annorum inter præsentes, viginti inter absentes excluduntur, sed propter possessionem alterius conjunctam cum titulo & bona fide, & tanto tempore continuatam, prioris domini jus extinguitur, & alteri dominium rei possessæ jure civili acquiritur.

Quæ ex prætoris jurisdictione pendent) Ait actiones, quæ ex jurisdictione prætoris veniunt, plerumque unum dumtaxat annum durare, & subjicit pro ratione, quod prætoris edictum, unde proficiscuntur, diuturniorem vim non habet. Quæ ratio si bona est, dicendum erat actiones prætorias non plerumque, sed semper anni spatio finiri; & credibile quoque est, initio nullas diuturniorem vim habuisse, quam habebat ipsum edictum, ex quo descendebant; sed postea nonnullas cœpisse perpetuo competere, postquam non tam prætorem quàm præturam spectari placuit, atque ex edictis, maximè quæ evidens commendabat æquitas, perpetuo jus dici. De quo vid. Ascon. *in orat. Cic. pro Corn. Balbo.* & Augustin. *de legib. pop. Ro.*

Aliquando in perpetuum extenduntur) Immo sæpe. Nam honorariæ actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, veluti Publiciana, de constituta pecunia, ex jurejurando, exercitoria, institoria, de peculio, &c. perpetuæ sunt, id est, 30. annos durant, nisi sit, quæ rescindat quod jure civili ratum est, *l. in honorariis. 35. de obl. & act.* Sed & ex pœnalibus quædam perpetuo competunt, ut mox audiemus.

Bonorum possessori cæterisque, qui hæredis loco) Significat duas hasce in rem actiones de universitate, possessoriam hæreditatis petitionem, & fideicommissariam hæreditatis petitionem. Has actiones ait esse perpetuas, licet jure prætorio constitutæ sint. Perpetuas esse constat; priorem quoque, prætoriam utpote, proditam bonorum possessoribus, quos prætor velut hæredes facit, *l. 1. de poss. hær. pet.* Sed altera illa, quæ proponitur iis, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, non videtur esse juris prætorii, sed actio civilis, quippe iis competens, qui pro hæredibus sunt ex Senatusconsulto. Nisi distinguendum putamus inter petitionem hæreditatis, & actiones hæreditarias, *arg. l. 2. de fid. hær. pet.* Sed dixerim potius, eo loco jus civile in specie per excellentiam accipi pro jure antiquo legis 12. tabularum, & opponi petitionem hæreditatis civilem petitioni fideicommissariæ, non ut actioni prætoriæ, sed ut novo jure civili introductæ, nimirum Senatusconsulto Trebelliano. Nam minimè novum est, ut hoc sensu jus civile opponatur iis juris partibus, quæ postea accesserunt, puta Senatusconsultis aut principum constitutionibus *§. 3. & 6. sup. de fideic. hæred. §. 3. sup. de testam. ord.* Vinn. Sed procul dubio JCtus, quem hic Tribonianus exscripsit, non ignoravit, fideicommissariam hæreditatis petitionem esse actionem prætoriam. Quamvis enim fideicommissa ex moribus sint, vel ex SCto, non tamen sequitur, ut vel mores, vel SCtum etiam actionem dederint fideicommissario ad petendam à tertio hæreditatem. Immo legibus consentaneum non erat, hæreditatem ab eo peti, qui stricto jure non sit hæres. Prætor itaque hic adjuvit jus civile & dedit fideicommissariam hæreditatis petitionem. Quin non dubito, prætores fideicommissarias hanc actionem in albo suo proposuisse. Nec obscurè hanc actionem prætoriam esse docet JCtus, dum eam hæreditatis petitioni civili opponit in *l. 2. ff. de fideic. hær. pet.* Hein.

Furti quoque manifesti actio) Actiones prætoriæ pœnales regulariter tantùm intra annum dantur, *l. in honorariis 35. de obl. & act.* Excipitur actio furti manifesti, quæ, quamvis & ipsa prætoria sit & pœnalis, perpetua tamen est. Quod hanc forte rationem habet, quia non primus prætor pœnam furibus manifestis constituit, sed eam, quæ ex lege 12. Tabb. constituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam, vid. *sup. §. pœna. 5. de obl. quæ ex del.* Actio quoque de furto aut damno in navi, caupona aut stabulo facto, item actio adversus publicanos, quamvis & hæ prætoriæ sunt & pœnales, perpetuo ta-

tamen competunt, *l. ult. §. ult. naut. caup. stab. l. sed & hi. 13. §. ult. de publican.* Judicia criminalia regulariter viginti annis finiuntur, *l. 12. C. ad leg. Corn. de fals.* Sed ea huc non pertinent.

TEXTUS.

De actionibus, quæ in hæredes transeunt, vel non.

1. *Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut à prætore dantur, & in hæredem æquè competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed hæredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, & si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra hæredem non competit; veluti cùm testator dolosè versatus sit, & ad hæredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas suprà diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, & hæredibus dantur, & contra hæredes transeunt.*

NOTÆ.

1. *Aut ipso jure*) Id est, jure civili, ut §. 10. *sup. de act. l. 9. §. 1. usufr. quem cav.* Theoph. ἐκ τοῦ πολιτικοῦ.

Excepta injuriarum actione) Quia vindictæ magis, quàm pecuniæ persecutionem habet, *l. 2. §. 4. de collat.*

Aliquando ex contractu actio, &c.) Sensus hic esse videtur, etiam aliquando ex contractu actionem adversus hæredem non dari, cùm testator dolosè versatus est, & nihil ad hæredem ejus ex dolo pervenit, contra regulam *l. 12. l. 49. de obl. & act. l. 152. §. 3. de reg. jur.* De deposito miserabili hoc plerique putant accipiendum, *l. 1. §. 1. depos.*

Fuerint contestatæ) *L. 26. l. 58. de obl. & act. l. 139. l. 164. de reg. jur.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l. 1. §. 11. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, & hæredibus & in hæredes dari, etiam si quæ ex edicto.*
2 *Ostenditur perspicuè, condictionem furtivam, & actionem rerum amotarum, contra hæredes etiam dari in solidum.*
3 *In hæredem non dari ullam pœnalem, licet ex contractu.*
4 *Actiones, quæ pœnales habeantur, quamvis nihil amplius persequantur, quàm quod abest.*
5 *Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cùm dentur hæredibus?*
6 *Cur actio injuriarum ne hæredibus quidem detur?*
7 *Quibus casibus ex contractu actio non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit?*
8 *Actiones omnes judicio inclusas perpetuari: & quid hic juris hodie?*

Actionum quædam & hæredibus & contra hæredes dantur: quædam hæredibus quidem, sed non contra hæredes: quædam denique neque hæredibus, neque contra hæredes. Et hæredibus & contra hæredes dantur, quæcumque rei tantùm persequendæ causa comparatæ sunt; nisi quod actio in rem tantummodo respectu possessionis in hæredem datur; quippe quæ possessorem semper sequitur, *l. si in rem. 42. de rei vind. l. actionum 25. de obl. & act.* Dum autem actio præter rei persecutionem nihil contineat, non distinguimus in proposito, utrum ea sit ex contractu, an ex maleficio: sed utroque casu non minus in hæredes, quàm hæredibus actionem dari contendimus; & quidem in hæredes in solidum; hoc enim semper intelligendum est, cùm simpliciter dicitur actio in hæredem dari. De actionibus, quæ ex contractu descendunt, res est expedita, *l. 1. & tot. tit. C. de hæred. act.* adeoque passim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, in hæredes in solidum dari, *l. 7. §. 1. depos. l. 12. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur.* De iis verò, quæ rei persecutoriæ sunt ex delicto, quales esse constat conditionem furtivam, & actionem rerum amotarum, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier. 21. §. pen. de act. rer. amot.* ambigitur, non utique, an hæredibus aut contra hæredes aliquatenus dentur, sed an dentur contra hæredes in solidum. Nam hoc negat Cujac. 7. *obs.* 37. & 13. *obs.* 39. Lyclam. 1. *membran.* 18. & *lib. benedict. passim.* Ego verò existimo, etiam his actionibus hæredem teneri in solidum. Moveor primum eo, quod hæ duæ actiones absolute dicuntur dari in hæredem, *l. 2. l. 7. §. 2. de cond. furt. §. ult. sup. de obl. quæ ex del. l. 6. §. 4. de act. rer. amot.* Ex eo enim colligo, dari eas adversus hæredem furis aut mulieris in solidum. Nam quotiescumque actio simpliciter in hæredem dari dicitur, toties intelligitur dari in solidum: cùm verò in solidum non datur, sed quatenus ad hæredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari

dari simpliciter negatur : ut patet ex *l. Julianus. 16. de judic. l. inde Neratius 23. §. banc actionem 8. ad l. Aquil. l. hac actio. 13. de serv. corr. l. 9. §. 1. quod falf. tut. l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. l. 1. de priv. del. l. 2. §. ult. vi bon. rapt. l. in honorariis. 35. de obl. & act. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur. §. bis autem. 9. sup. de leg. Aq. §. ult. de obl. quæ quasi ex del. item hoc text.* & innumeris aliis locis. Secundo, quia regulæ earum actionum, quæ in hæredes non dantur, de pœnalibus ex maleficio conceptæ sunt, *l. 1. de privat. del. l. sicut. 38. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur. l. inde Neratius 23. §. hanc actionem 8. ad leg. Aquil. & hoc text. l. pen. de op. nov. nunc.* Hinc enim evincitur, si quæ sunt ex maleficio non pœnæ, sed rei persecutoriæ, eas in hæredem dari : quoniam contrariorum contraria sunt consequentia. At condictio furtiva & actio rerum amotarum non pœnam, sed rem persequuntur, ut jam probavimus. Et secundùm hæc Imperator in §. *bis autem 9. sup. de leg. Aq.* negat, actionem legis Aquiliæ in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, addens, transituram eam fuisse, si ultra damnum datum nunquam lis æstimaretur. Dicitur sanè nonnumquam, actiones ex delicto venientes adversus hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit nec adjicitur pœnales, ut in *l. un. C. ex del. def.* Sed quid prohibet hujusmodi definitiones ex eo, quod plurimum & fere semper fit, conceptas sic accipere, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, id est ad pœnam? At in condictione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, sed tantùm de eo, quod ex patrimonio nobis abest, nec quicquam amplius persequuntur, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier. 21. §. pen. de act. rer. am.* Jam verò ob hoc solùm actio pœnalis non habetur, quod constituta est adversus eum, ad quem ex delicto defuncti nihil pervenit, nisi & factum puniat, & in dolum concepta sit, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* de quo amplius postea. Postremo movet me locus expressus in *l. 9. de cond. furt.* ubi disertè J. C. ait, in condictione ex causa furtiva hæredem, non pro parte quæ pervenit, sed in solidum teneri : si verò plures sint hæredes, singulos pro partibus hæreditariis. Quod si hoc obtinet in condictione furtiva, procul dubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cùm apertè testetur Paulus, in *l. 6. §. item hæres 4. de act. rer. am.* ex causa rerum amotarum teneri hæredem mulieris perinde ac tenetur hæres condictionis nomine ex causa furtiva ; ac proinde quod rescribunt Impp. in *l. ult. C. rer. amot.* actionem rerum amotarum adversus hæredes dari non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, necessario sic accipiendum est, in quantum ad eos pervenit de hæreditate, non autem de rebus amotis : ut si plures sint hæredes, non singuli in solidum tenentur, sed universi, singuli autem pro ea parte, pro qua hæredes extiterunt ; secund. *d. l. 9. de cond. furt.* aut si cum Ant. Fabro. 4. *conj.* 1. de rebus amotis rescriptum intelligi volumus, supponendum erit, totum ad hæredes pervenisse, non ad unum aliquem, sed ad singulos pro parte. Quæ actiones hæredibus competant, in hæredes autem non dentur ; tum quæ neque hæredibus, neque adversus hæredes competant, docebit nos textus, ad cujus explicationem tempus est ut accedamus.

Aut ipso jure) Ipso jure aliquando idem valet, quod jure solo, sine aliquo facto nostro, veluti cùm sui hæredes dicuntur ipso jure hæredes existere : aliquando idem quod jure civili, non jure prætorio, ut in §. *actiones 10. sup. de act. l. 9. §. 1. ususfr. qu. cav. & hoc loc.* Itaque ipsum ius hìc excellentiam notat.

Ex maleficiis pœnales) Actiones ex maleficiis pœnales hæredibus dantur; at in hæredes non competunt. Ait, *pœnales ex maleficiis*, ut & alibi regula concepta est, *l. 1. de priv. del. l. sicut. 38. l. pupillum. 111. §. 1. de reg. jur.* Quid ergo si qua sit pœnalis ex contractu? 3 Et hic idem juris esse evincit actio depositi miserabilis, quæ in eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatur, in duplum constituta est, in hæredem verò ex dolo defuncti in simplum, *l. 1. §. 1. l. de eo. 18. depos.* Planè huc non pertinet actio, qua petitur pœna conventione promissa: nam pœnam stipulamur loco ejus quod interest, *§. ult. sup. de verb. obl.* vid. *§. sequent. 16. sup. de act.* 4 Excludit autem regula eas, quæ sunt ex maleficio rei persecutoriæ, quas etiam adversus hæredes dari paulo ante probavimus. Illud ignorandum non est, esse quasdam actiones, quæ pœnales habentur, quamvis nihil amplius quàm quod abest, persequantur, de quibus hæc notio tenenda. Quoties actio factum punit & in dolum concepta est, constituiturque adversus eum, ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid abest ; atque ita à parte actoris rei persecutionem contineat ; pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur : ac proinde in hæredem non datur, *l. 9. §. 1. quod falso tut.* Talis est actio de dolo, *l. in hæredem 26. de dol.*

dol. mal. item ea, quæ adversus falsum tutorem datur, *d. l. 9. §. 1. quod fals. tut.* Talis quoque est adversus mensorem; qui falsum modum dixit, *l. 3. §. pen. si mens. fal. mod.* item quæ proponuntur in *l. 7. §. ult. de trib. act. l. 1. §. ult. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. l. 1. §. ult. de eo per quam fact. erit, quomin. quis in jud. l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. l. 4. in fin. l. 6. & 7. de alien. jud. mut. ca.* ubi actio in factum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei persecutionem; nimirum quia actor per eam id tantùm quod sibi abest, persequitur: à parte autem rei revera pœnalis est, quia factum punit, & in dolum concepta est. At cùm hæres in universum jus defuncti succedat, & regulariter tam in incommoda, quàm in commoda, quæ ratio est, quod in proposito tantùm commodum actionum pœnalium ad hæredes transire placet, incommodum autem earum ad eos non pertinere? Nimirum quia æquum visum est, pœnam ex hac successione excipere, ne ibi pœna sit, ubi noxa non est, *l. pen. de op. nov. nuc. l. sicut. 38. de reg. jur. l. sancimus. 22. C. de pœn.* Illud æquissima ratione placuit, turpia lucra etiam hæredibus esse extorquenda; ideoque actiones, quamvis pœnales, eatenus saltem in hæredes dandas esse, quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum sentiant, *l. 5. de calumn. l. 16. §. ult. & l. seq. quod met. cau. l. in hæredem. 26. de dol. l. un. C. ex del. def.* cum similib.

6 *Excepta injuriarum actione*) Actio injuriarum neque hæredibus, neque in hæredibus datur, *l. injuriarum 13. in pr. de injur.* Quod non datur in hæredes, hoc commune habet cum cæteris pœnalibus: quod hæredibus non datur, ejus proprium est, & hanc rationem habet, quod in ea non principaliter de damno sarciendo, sed de contumelia vindicanda agitur, *l. 7. §. 1. eod.* quam vindictam, si injuriam passus lite non instituta decesserit, tacitè remisisse intelligitur: de quo dixi ad §. *ult. sup. de injur.* & hinc est, quod actio injuriarum in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur, *l. injuriarum. 28. eod.*

Si qua alia similis) Similes habes in *l. pen. de in jus voc. l. pen. §. ult. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. de calumn. l. 7. C. de rev. don.* Huc etiam referri potest querela inofficiosi testamenti: nam & hæc injuriam exhæredato aut præterito illatam quasi ulciscitur. *Nov. 115. cap. 5.* & non nisi præparata ad hæredes transit, *l. 6. §. ult. cum l. seq. de inoff. test.*

7 *Aliquando etiam ex contractu actio in hæredem non competit*) Puto, intelligi actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrens ex parte rei pœnales habentur, eo quod factum puniunt, & in dolum conceptæ sunt: quales sunt actiones in factum adversus falsum tutorem, & adversus mensorem, qui falsum modum dixit; item actio tributoria, quæ dolum malum domini coercet maleficiosè in distribuendo versati: nam hæ actiones licet ex contractu sint, tamen in hæredem rei, quia hac parte pœnales, non dantur, nisi de eo quod ad eum pervenit, *l. 9. §. quod fals. tut. l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. l. 7. ult. de trib. act.* Alias ex contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantùm in id, quod pervenit, sed in solidum tenentur, *l. 12. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur. l. 7. §. 1. depos.* ubi Jurisconsultus cùm dixisset, actionem depositi ex dolo defuncti in solidum in hæredem dari, hanc rationem subjicit, *quamquam enim,* inqui, *alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte quæ ad nos pervenit; tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, ideoque in solidum hæres tenetur; plures verò pro ea parte, qua quisque hæres est*: qui locus sententiam nostram mirè confirmat. Et his autem apparet, insigniter errare Theophilum, qui pro exemplo adducit actionem depositi, quam ex dolo defuncti negat in hæredem dari, si nihil ex eo dolo ad eum pervenit; contra tot expressos textus. Nec excusari potest hoc obtentu, quod intellexerit actionem depositi miserabilis. Nam & hæc actio ex dolo defuncti in hæredem datur, etsi nihil ad eum pervenit: & quamvis non in duplum, in solidum tamen: quoniam utique simplum solidum est, & pœna alterum tantum, *l. 1. §. 1. de eo. 18. depos.*

Veluti) Hanc particulam Cujac. & Pac. auctoritate quorumdam Codicum delendam censent: quod mihi non videtur necessarium cùm & retenta ea constet, & recta sit loci sententia.

Fuerint contestatæ) Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, si semel inclusæ judicio fuerunt, quod fit litis contestatione, salvæ permanent, *l. omnes 139. de reg. jur.* Morte dicuntur perire pœnales, propterea que in hæredes rei non dantur, licet activè transeant: at lite contestata & activè transeunt & passivè, *l. omnes 26. l. sciendum 58. de obl. & act. l. pœnal. 164. de reg. jur. l. un. C. ex del. def.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l. 3. §. idem scribit 11. de pecul.* Postea constitutionibus placuit, pœnæ persecutio-

tionem transmitti, si modo reus vivus contentus fuerit, quasi lite cum eo contestata, *l. 33. de obl. & act.* Apud nos pœnales actiones nullæ sunt, si injuriarum actionem excipias: quoniam, ut sæpe alibi diximus, pœnæ legitimæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt. Cæterum hæres ex delicto defuncti, etiamsi lis à defuncto contestata non sit, tenetur non in id tantùm, quod ad eum ex delicto defuncti pervenit, secundùm scita juris civilis, sed damnum à defuncto datum sarcire cogitur, quatenus facultates defuncti patiuntur: quod cum jure Canonico primum cautum esset, *cap. in litteris 5. de rapt. cap. ult. de sepult.* propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur. Jo. Fab. *hic.* Covar. *lib. 3. res. 3. n. 7.* Imbert. *in enchirid.* Papon. *lib. 24. arrest. tit. 11. arrest. 3. & ult.* De quo plura Christin. *vol. 3. decis. 22. num. 2. & seqq.* add. Groenevv. *de ll. abrog. ad tit. C. ex delict. defunct. in quant. hæred.*

TEXTUS.

SI pendente judicio reus actori satisfecerit.

2. *Superest, ut admoneamus, quod si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere; licet in ea causa fuisset judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet; & hoc est, quod antea vulgò dicebatur, omnia judicia absolutoria.*

NOTÆ.

2. *Convenit eum absolvere*) Quod Theoph. interpretatur, *liberatum ab actione dimittere.* Alii, *officio judicis convenire, ut etiam sententia sua eum absolvat*: quod & ratio juris exigere videtur, *l. 1. de re jud.* & reo utilius est propter exceptionem rei judicatæ.

Omnia judicia absolutoria) Locus singularis.

COMMENTARIUS.

QUemadmodum debitorem ante acceptum judicium bonam fidem agnoscentem & paratum solvere dimitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione ad solvendam pecuniam, *l. si debitori. 21. de judic. ex judicat. 17. jud. solv.* ita etiam æquum est audire eum, qui post acceptum judicium ante rem judicatam satisfactionem offert, modo id omne offerat, quo jus actoris deterius factum est, & in quod alias fieret condemnatio, *fac. l. si reus 35. de proc. l. 5. de publ. & vect. l. ult. quæ in fraud. cred.*

Eum absolvere) Hæc verba duplicem admittunt interpretationem: vel ut simpliciter reus satisfaciens dimittendus sit ab instantia, & liberandus molestiis judicialibus, quomodo Theoph. & Hotom. interpretantur: vel ut absolvendus sit etiam sententia judicis; quod posterius & rationi juris magis conveniri videtur, cùm judici incumbat aut damnare reum, aut absolvere, *l. 1. de re jud.* & reo longè utilius est, quoniam alias non haberet exceptionem rei judicatæ.

TITULUS DECIMUS-TERTIUS.
DE EXCEPTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 36.

Ratio dispositionis. Omnem reum ad defensionem suam vel inficiatione uti, vel depulsione: & quid utraque. Quid sit exceptio: unde hoc nomen natum: & alia observatu digna.

QUicquid in judicium deducitur, aut actio est, aut exceptio: actio à parte actoris, cujus in omni judicio sunt partes primæ; exceptio à parte rei, cujus sunt secundæ. De actionibus hactenus quæsitum est; de exceptionibus adhuc cognoscendum: & quidem de his solis, nam præter has, si ab actione discesseris, nulla alia res in judicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus, qui judicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiatione utitur, aut depulsione. Inficiatio est, cùm negat, ullam actori esse actionem de eo, quod petitur. Ea verò aut simplex est, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex, cùm reus simpliciter negat, id factum quo nomine agitur, puta, mutuam pecuniam, quæ ab actore petitur, sibi datam esse. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cùm confitetur quidem actionem aliquando actori competiisse, sed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto postea amissam: exempli gratia: si actorem, dicat ideo agere non posse,

quia

quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio apertè nihil in judicium deducit, neque ulla hic neganti incumbit probatio: tantùm quæritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur; id est, solùm tractatur in judicio, an verum sit, quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptionis vi à reo opposita disputatur: ac probante actore reus condemnatur, non probante, simpliciter absolvitur. Covar. *in C. possess. mal. fidei. 2. de reg. jur. n. 6. p. 1. relict. init. n. 5.* Wes. *par. hoc. tit. n. 2.* In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubiè in judicium deducitur, ac proinde à reo probanda est, *l. 1. C. de prob.* sed ducitur per consequentiam dumtaxat: principaliter enim eo spectat, ut ostendatur, verè negare reum actionem actori competere. Depulsio est, cum reus de actione actoris confitens tam in jure, quàm in facto ea defensione utitur, quæ actionem removeat. Hæc defensio in usu juris exceptio appellatur. Si quis hìc mihi Rhetorum libros adire velit, poterit fortasfis nonnihil lucis etiam inde sibi ad hæc melius intelligenda sumere. Exceptio igitur est defensio rei, quæ actioni, alioqui jure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit: hìc in *pr. l. 12. de dol. mal. exc. l. 2. h. tit.* Exceptio omnis rectè defensio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum causa, *h. t. in pr.* At non omnis defensio exceptio est, sed ea tantùm, quæ actionem jure constitutam repellit. Quæ verò allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse, veluti cùm debitor solutionem allegat, defensiones dici possunt, exceptiones non possunt. Pugnantia sunt Jurisconsultis, liberari ipso jure, & liberari per exceptionem, *l. qui servum 34. §. 1. de oblig. & act.* quamquam usu interpretum jam obtinuit, ut omnis generis defensio, quæ modo agentis intentionem repellit sive juris sive facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias esse juris tradunt, alias facti & intentionis, Mynf. *ad rubr. hic. n. 12.* Greg. Tholos. 21. *synt.* 17. *n.* 5. vid. Covar. *d. loc. n. 4. & 5.* Sed quomodo reus exceptione utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, si exceptio actioni opponatur; unde passim legimus, exceptionem opponi, objici, obstare, exceptione occurrere, &c. Etenim omnis defensio exceptionis in facto rei posita est, omissa ad liberationem reo non prodest. De tempore opponendæ exceptionis dicemus inferius. Nomen exceptionis natum ex formula judicii, quod sub exceptione dabatur; sic enim prætor subjiciebat, *nisi, si non, extra quam si*, illud aut illud factum erit; aut si quæ particulæ eamdem vim habent. Atque hinc item factum, ut exceptio omnis conditio appellaretur, *l. exceptio. 22. h. t.* ubi quæ extat definitio exceptionis, à conceptione sumpta est, sicut Ulp. in *l. 2. eod.* ab effectu & utendi modo. Vid. Duar. *ad l. 7. §. 2. de pact.* Cujac. 5. *obs.* 34. P. Fab. *ad l. 154. de reg. jur.* Sed & exceptio omnis præscriptio dicta: & inde Græcis παραγραφή, *l. pen. hoc. t. l. 8. l. pen. & ult. & in rubr. C. eod. l. judicati. 29. de exc. rei jud. l. si debitor. 91. de solut.* cum similibus: de cujus verbi ratione conf. Alc. *de quinq. ped. præscr.* Don. *in rubr. C. h. t. num.* 15. Ræyard. 1. *de præjud.* 8. Pet. Fab. 1. *semestr.* 21

TEXTUS.

Continuatio. Ratio exceptionum.

Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpè enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua exactor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

NOTÆ.

Ut de exceptionibus) Exceptio est defensio rei, quæ actioni, alioquin jure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit, *l. 2. h. t.* alias præscriptio dicitur, *l. 8. C. tit. 35.* Græcis παραγραφή.

Justa sit) Inspecta scil. stricta ratione, & rigore juris: iniqua autem, inspecta summa ratione, & naturali æquitate. Quæ autem allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse, veluti cùm debitor solutionem allegat, exceptiones propriè non sunt, sed aliæ species defensionum.

COMMENTARIUS.

Defendendorum eorum gratia) Unde vulgo notant, exceptiones esse juris naturalis & gentium, cujus scilicet juris defensio est, Wes. *par. hoc tit. num.* 8. Ob eamdem causam nonnulli censent, verbum excipere translatum esse ab armis militaribus ad forensia, puta, clypeo aut scuto, quibus tela in nos directa excipimus & retundimus. Non male fortasfis, sed non ex usu auctorum juris.

Ipsa persecutio justa sit) Non continuatio, si actio justa sit, id est, ipso jure comparata, seu

seu summo jure constituta, justa est in eum, quo cum agitur: verbi gratia, si quis dolo inductus stipulanti promiserit, is quidem subtilitate juris ex promissione sua obligatur: sed quoniam per machinationem adversarii obligatus est, iniquum est, eum condemnari, ac proinde contra agentem exceptio doli ei proposita est, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit, *l. 1. §. 1. de dol. mal. exc.* Quod si nulla subsit actio jure civili constituta, vel quia reus dicit, nullam umquam actori competiisse, vel eam quæ fuit, ipso jure sublatam, hæc allegatio exceptio propriè non est, sed alia species defensionis, ut jam ante ostendimus.

Textus.

Exempla. Quod metus causa de dolo, & in factum.

1. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est, jure civili te obligatum esse, & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est, te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum, composita ad impugnandam actionem.

Notæ.

1. *Jure civili te obligatum*) Id est, subtilitate juris civilis, *d. l. 36. de verb. obl.* Dolus metusve adhibitus non impedit, quominus actio nascatur, *l. 5. C. de inut. stip.* Verum enim utique est, alterum stipulatum esse, & te promisisse, atque ita contractam verborum obligationem.

Datur tibi exceptio) *D. l. 36. d. l. 5. & tot. tit. de dol. mal. & met. exc.* & ita eventu inspecto inanis efficitur actio opposita exceptione, *l. 102. de reg. jur.*

Commentarius.

1. *Cur qui metu coactus promisit, ipso jure obligetur?*
2. *Quæritur idem de eo, qui dolo inductus.*
3. *De quo genere erroris hic locus accipiendus?*
4. *Exceptionis in factum qualis, & unde?*

Illustrat exemplis, quod dixit sæpe accidere, ut actio, qua quis experitur, summo jure teneat, sed iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. In universum autem id accidit dupliciter, vel quia jam à principio iniqua est, vel quia postea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantùm supersit solius vinculum juris civilis, quod quidem ita nos astringit, ut summo jure in nos sit actio, sed quæ propter defectam æquitatis sit inefficax ad condemnationem, si exceptio opponatur.

Metu coactus) Qui metu coactus aliquid promittit, ipso jure obligatur propter consensum; quia voluntas, licet coacta, voluntas tamen est, *l. si mulier. 21. §. pen. quod met. ca.* nimirum utrum quid voluntarium sit, an involuntarium, ex eo tempore æstimatur, quo geritur. Jam verò illud, quod eligitur, quo tempore metus infertur, respectu majoris mali, quod vitatur, boni rationem habet, & ea consideratione objectum est voluntatis: de quo cons. Arist. 3. *eth.* 1. Cæterum naturaliter obligatus dici revera non potest ob defectum vinculi æquitatis: quoniam consensus & voluntas ista non fuit libera; neque promisisset aut voluisset extra metum majoris mali positus. Atque hinc explicandi loci, in quibus traditur, vim atque metum consensui esse contrarium, *l. nihil. 116. de reg. jur. cum simil.* Vinn. At non esse genuinam hanc rationem, vel inde patet, quod promissa vi justa, à magistratu e.g. extorta, obligant. *l. 3. §. 1. & l. 21. ff. quod met. causs. gest. l. 29. §. pen. ff. ad L. Aquil.* quum tamen & hìc voluntas non sit libera. Potius itaque hujus juris ratio arcessenda est ab eo, quod omne promissum ex parte alterius requirat acceptationem. Atqui qui vi injusta extorquet promissum, omni acceptandi jure destituitur. Non itaque valet, quod ei promissum est. Ita rectè Puffendorff. de J. N. G. & C. *lib. 3. c. 6. §. 10. & lib. 4. c. 17. §. 8.* quum contra Grot. *d. J. B. & P. lib. 2. cap. 11. §. 17.* hujusmodi promissum validum existimet. Hein.

Dolo inductus) Etiam qui dolo inductus stipulanti promisit, quod alias non promisisset, subtilitate juris obligatur: quia utique verum est, eum promisisse: sed & hæc obligatio naturalis æquitatis vinculo destituitur propter dolum & machinationem stipulatoris aliud agentis, aliud simulantis, *l. si quis. 36. de verb. obl. l. 1. §. 2. de dol. mal. exc.* Circa dolum qui causam contractui præbet, videlicet si quis in hoc circumscriptus sit, ut contraheret, cùm alias contracturus non fuisset, recepta fuit vulgaris distinctio inter contractus bonæ fidei & stricti juris, quod illi hoc casu ipso jure nullius momenti sint, *arg. l. 7. in pr. de dol. l. causæ. 16. §. 1. de minor.* hi ipso jure subsistant, & actionem producant, ut proinde hìc semper excipiendum sit, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit,

d.

d. l. si quis. 36. de verb. obl. l. 5. C. de inut. stipul. de quo prolixè Bachov. *disp. 6. de act. thes. 16.*

3 *Errore lapsus*) Quod hic dicitur, etiam eum, qui errore inductus stipulanti promisit, jure civili obligari, id non videtur convenire cum eo, quod passim traditur, eos qui errant; non consentire, consensu nihil magis esse contrarium errore, *l. non consentiunt. 15. de jurisd. l. 2. de judic.* Nam sine consensu nullus contractus ac ne stipulatio quidem consistit, *l. 1. §. 1. de pact.* Resp. Error non est unius generis. Si in persona aut re promissa erratum sit, cùm de alia stipulator, de alia promissor sentiret, fateor, nullam contrahi obligationem, quia talis error consensum non habet. At error in causa promittendi, de quo hìc agitur, non omnino consensu destituitur, & ideo summo jure hic nascitur obligatio, *d. l. si quis. 36. de verb. obl. l. Julian. 7. de dol. mal. exc. vid. not. ad §. si de alia. 22. sup. de inut. stip.*

Efficax est) Per se scilicet ac vi sua, hoc est si pura esset, neque exceptione corrigeretur. Jam autem exceptio efficit, ut ad condemnationem sit inefficax, *l. nihil interest. 112. de reg. jur.*

Exceptio quod metus causa) Exceptio quod metus causa in rem scripta est, *si in ea re nihil metus causa factum est*, ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecerit; sed an omnino metus causa factum sit in ea re à quocumque, non tantùm ab eo, qui agit, *l. 4. §. pen. de dol. mal. exc.*

Aut doli mali) Exceptio doli mali personam complectitur ejus, qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione specialiter exprimendum est, de cujus dolo quis quæratur, non in rem, si in ea re nihil dolo malo factum est, sed sic, *si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*, *l. 2. §. 1. d. l. 4. §. pen. de exc. dol. mal.*

4 *In factum*) In factum hæc exceptio dicitur nomine generali, quia variis modis accidere potest, ut error interveniat; quemadmodum & actiones, quæ proprio nomine carent, in factum appellari solent, ut illæ, quæ dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præcipuè subsidiariæ, de quibus explicatum *§. ult. sup. de leg. Aquil.* Et sicut ob qualitatem personæ, quæ convenitur, in factum agendum; quo casu adversus alios est actio de dolo, *l. non debet. 11. §. 1. de dol.* ita agente hujusmodi persona, quo casu adversus alios exciperetur de dolo, in factum excipiendum est, *l. 4. §. adversus. 16. de dol. exc.* Opponitur autem hoc loco exceptio in factum exceptioni doli mali non generali, sed speciali, quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, nempe ex dolo inter initia adhibito, *l. 5. C. de inut. stip.* sive ut est in textu nostro, si quis dolo inductus stipulanti promiserit. Nam generalis exceptio doli, sicut cum aliis exceptionibus omnibus, ita & cum hac in factum concurrit; quoniam datur ex omni causa, ob quam id, quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum sit. Ut in summa exceptio doli generalis toties competat, quoties actor per occasionem juris civilis æquitatem naturalem infringere conatur, *l. 1. §. 1. l. 2. §. & generaliter. 5. l. 4. §. pen. l. 7. l. 12. de dol. exc. l. si quis. 36. de verb. obl. l. 5. C. de pact. cum simil.*

Textus.

De non numerata pecunia.

2. *Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam à te stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam à te petere posse eum, certum est: dare enim te oportet, quum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet, exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere: cujus tempora nos (secundùm quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus.*

Notæ.

2. *Cum ex stipulatione tenearis*) Igitur quod Paulus respondet, te nondum obligatum esse, *l. 30. de reb. cred.* de exitu intelligendum est, cùm habeas exceptionem peremptoriam.

Exceptione pecuniæ non numeratæ) *L. 2. §. 3. de dol. mal. exc.* Hinc patet, exceptionem hanc non modo actioni ex chirographo opponi posse, sed etiam actioni ex stipulatu.

Commentarius.

Qui quasi credituro stipulanti pecuniam spopondit, jure civili obligatus est: sed adjuvatur exceptione non numeratæ pecuniæ, *l. 2. §. 3. in fin. de dol. exc.* ubi Ulp. ait, ei, qui crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, etsi certa fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secuta, aut finita est, nocere pecuniæ non numeratæ exceptionem. Unde patet, hanc exceptionem non tantùm actioni ex chirographo, sed etiam actioni ex stipulatu opponi. Solebant quippe creditores pecuniam sæpe stipulari prius, deinde stipulationis implendæ causa adnumerare; qua ratione una ex stipulatu nascebatur obligatio, *l. 6. §. 1. & l. seq. de nov.*

Cu-

Cujus tempora) Exceptio non numeratæ pecuniæ cùm antea quinquennis esset, à Justiniano biennis tantùm facta est, *sup. tit. de lit. obl.* ubi fusè de hac exceptione disseruimus.

TEXTUS.

De pacto.

3. *Præterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit*, si paret, eum dare oportere: *sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

COMMENTARIUS.

SPecies exceptionum, quæ præcesserunt, jam à principio nascuntur in re contrahenda: quæ sequuntur, ex causa postea interveniente emergunt.

Nihilominus obligatus manet) Qui cum creditore pactus est, ne à se pecunia peteretur, is nihilominus ipso jure obligatus manet: nam ut pacti nudi ea vis non est, ut ullam civilem obligationem pariat, ita nec eam, quæ constituta est, sive re, sive verbis, ipso jure tollere potest, *l. 7. §. sed cum. 4. l. si unus. 27. §. 2. de pact. l. 5. l. 10. & l. 13. C. eod.* Planè nudi consensus obligatio, ubi res adhuc integra est, pacto convento tollitur etiam ipso jure, *§. ult. sup. quib. mod. toll. obl.* ubi ejus rei ratio à me exposita est.

Sic quia iniquum est) Quamvis debitor, qui pactus est, ne à se pecunia peteretur, non liberatur jure civili, liberatur tamen interventu prætoris, qui vel actionem denegat, si de pacto constet; vel si non constet, addit exceptionem *extra quam si pactum sit, ne pecunia petatur*: quo apud judicem datum probato, debitor absolvitur, effectuque idem consequitur, quod liberati ipso jure: eoque pertinet *l. nihil interest. 112. de reg. jur.*

TEXTUS.

De jurejurando.

4. *Æquè si debitor creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æquè necessariæ sunt exceptiones, veluti si petitore deferente possessor juraverit, eam rem suam esse, & nihilominus petitor eamdem rem vindicet, licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem ejus esse; iniquum tamen est, possessorem condemnari.*

NOTÆ.

4. *Juraverit*) Aut cùm jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum, *l. 9. §. 1. de jurejur.*

Juraverit rem suam esse) Aut petitoris non esse, *l. 3. §. 1. l. 11. pr. d. tit.*

COMMENTARIUS.

EXceptioni pacti conventi affinis est exceptio jurisjurandi: nam & jusjurandum, de quo hìc quæritur, in se conventionem habet, propter quàm non minus servatur, quàm propter religionem, *l. sed & si. 25. & l. seq. in fin. de jurejur.*

Creditore deferente juraverit) Verba edicti, quo prætor jusjurandum rei tuetur, hæc sunt: *Si is, eum quo agetur, conditione delata juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo, l. 3. in pr.* junct. *l. 7. de jurejur.* Ait *conditione delata*, unde intelligimus, si reus juravit nemine ei conditionem jurandi deferente, prætorem is jusjurandum non tueri, *d. l. 3.* Quod negat, se in eum, qui juraverit, actionem daturum, id sic acceptum est, ut in re certa, si prætori constet reum prius conditione delata jurasse, actio simpliciter denegetur: sin autem de eo controversia sit, ambigaturque an reus juraverit, tum locus sit exceptioni jurisjurandi, *l. 9. in pr. eod.* Neque hoc proprium est jurisjurandi, ut nonnulli putant; sed locum habet etiam in causis aliis, unde exceptiones nascuntur. Perridiculè enim juberet prætor, de eo apud judicem quæri, quod sibi exploratum & inter litigatores confessum est.

Adhuc obligatus permanet) Nam jusjurandum non magis, quàm pactum, modus est dissolvendæ obligationis jure civili constitutæ: sed tantùm naturalem obligationem tollit, *l. Stichum. 95. §. naturalis 4. de sol.*

Quia iniquum est de perjurio quæri) Dicendum potius fuerat, meo judicio, quia jusjurandum ex conventione proficiscitur, & speciem transactionis continet, *l. 2. sed & si. 25. & l. 5. §. ult. de jurejur.* Nam illa alia quæstio est, an exceptio jurisjurandi replicatione perjurii excludatur.

Si petitore deferente possessor juraverit) Etiam is, qui actione in rem conventus petitore deferente juravit, exceptione jurisjurandi, si pe-

petitor eamdem rem iterum vindicet, adjuvatur, *l. 3. §. 1. d. tit.* sive juraverit rem suam esse, sive petitoris non esse: quamquam hoc amplius ei, qui juravit, rem suam esse: amissa possessione etiam actio in factum datur ad rem recuperandam, si is, qui jusjurandum detulit, possessionem nactus est. Cæterum adversus alium possessorem prærogativa jurisjurandi non utitur: quoniam non debet alii nocere, quod inter alios actum est, *l. 9. in fin. l. 10. l. 11. in pr. & §. 1. d. tit.*

TEXTUS.

De re judicata.

5. Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat; & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest, sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.

COMMENTARIUS.

NOn ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si judex perperam pronuntiaverit? Tantùm propter auctoritatem rei judicatæ statur sententiæ, à qua appellatum non est: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica suasit utilitas, alioqui nodus litium multiplicatus inexplicabilem afferret difficultatem, *l. 6. de exc. rei jud.* Comparata est autem rei judicatæ exceptio tuendi ejus rei causa, qui sententia judicis absolutus est, sive debitor sit, sive possessor: ei verò, contra quem judicatum est, hæc exceptio numquam datur, *l. evidenter. 16. eod.* Cui non obstat *l. 4. C. depos.* Nam qui in sortem tantùm reum condemnat, vi ipsa de usuris absolvit.

Obligatio durat) Aut hoc referendum est ad actionem in personam, quoniam in rem actio non descendit ex obligatione; aut verbum obligationis contra usum veterum, qui eo in vindicationibus numquam utuntur, laxius accepit. Theophilus videtur legisse, *actio durat*: Sic enim hunc locum convertit: *αἱ μὲν ἀγωγαὶ μένουσι*: eaque lectio Hotomanno & Tuningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Christoph. Riccius in *vindic. jur. præmeff. c. 17.* nullam equidem causam video.

Per exceptionem rei judicatæ) Hæc autem exceptio non aliter genti obstat, quàm si eadem quæstio inter easdem personas revocetur, *l. 3. de exc. rei jud.* Itaque ita demum nocet, si omnia sint eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa petendi, eademque conditio personarum; quæ qualia sint, latè explicatur in *l. cum quæritur. 12. cum seqq. eod.*

TEXTUS.

De cæteris exceptionibus.

6. Hæc exempli causa retulisse sufficiat; alioqui quàm ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.

COMMENTARIUS.

JUstinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque causas proximas, quæ multæ & variæ sunt, singulatim recensere: sed celebrioribus tantùm exempli loco propositis, de reliquis jubet consuli volumen π̄. *lib. D. 44. tit. 1. cum seqq.*

TEXTUS.

Divisio prima.

7. Quarum quædam ex legibus, vel iis quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

NOTÆ.

7. *Ex prætoris jurisdictione*) Veluti quod metus causa, de dolo, pacti, jurisjurandi, &c.

COMMENTARIUS.

HÆc exceptionum divisio sumpta est à causa efficiente remota, ut & obligationum illa in *§. 1. sup. de oblig.* & actionum, *§. 3. sup. de act.*

Ex legibus) Exceptionum ex legibus propriè dictis descendentium nulla mihi occurrit. Arbitror tamen, exceptionem rei judicatæ esse ex lege 12. tabularum.

Quæ legis vicem obtinent) Intelligit Principum constitutiones & Senatusconsulta. Ex Principum constitutionibus sunt exceptiones divisionis & ordinis, item præscriptiones illæ temporales quadriennii, re aliena à fisco vendita, *tit. C. de quadriennii præscr.* quinquennii adversus querelam inofficiosi testamenti: triginta annorum in actionibus personalibus, item in rebus, quæ usucapi, aut longo tempore acquiri non possunt, *l. 3. & 4. C. de præscr. trig. ann.* decem dierum in causa appellationis, &c. *auth. hodie. C. appel.* Ex Senatusconsultis sunt duæ, exceptio Senatusconsulti Macedoniani de pecunia filiofam. credita, & exceptio Vellejani de intercessione mulieris.

TEX-

TEXTUS.

Divisio secunda.

8. *Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ.*

COMMENTARIUS.

Quarumdam exceptionum hæc vis est: ut rem, de qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant, ne amplius de ea re agi possit: aliæ verò ad tempus tantùm nocent, & in id tempus dumtaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ sunt perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ, *l.* 2. §. *ult. l.* 3. *hoc tit.* Est igitur hæc divisio sumpta ab effectu.

TEXTUS.

De peremptoriis.

9. *Perpetuæ & peremptoriæ sunt, quæ semper agentibus obstant, & semper rem, de qua agitur, perimunt: qualis est exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conventi, cum ista convenerit, ne omnino pecunia peteretur.*

NOTÆ.

9. *Doli mali*) Quamvis actio de dolo sit temporalis. Differentiæ rationem indicat Paul. *l.* 4. §. *ult. de dol. mal. exc.*

Et pacti conventi) Huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi rei judicatæ, transactionis, non numeratæ pecuniæ, &c.

COMMENTARIUS.

1 *Perpetuæ exceptiones unde dictæ?*
2 *Exceptio doli cur perpetua, cùm actio de dolo temporalis?*

Quæ semper agentibus obstant, &c.) Vis exceptionem perpetuarum & peremptoriarum, quam ipsam & nomina indicant, hæc est, quod oppositæ & probatæ semper agentibus obstent, & rem de qua agitur, perimant: unde alibi dicunrur totius negotii cognitionem tollere, & vires principalis negotii exhaurire, *l.* 2. *C. de prec. imp. off.* Non enim actionem solùm, sed etiam obligationem tollunt, idque non minore cum effectu, quam si sublata esset ipso jure: ut non abs re scriptum sit, nihil interesse, utrum actionem quis non habeat, an eam, quæ per exceptionem perpetuam infirmetur: & pro indebito haberi id, cujus petitio ita repelli potest, *l. nihil interest.* 112. *de reg. jur. l.* 3. §. 1. *de const. pec. l. qui exceptionem* 40. *de cond. ind.* Dictæ 1 igitur sunt perpetuæ non à tempore proponendi, quod quacumque judicii parte opponi possunt, ut male DD. & Mynf. *hic, num.* 2. nam & dilatoriæ quædam post litem contestatam objici possunt, ut postea ostendemus, sed à tempore, quo effectus propositarum durat: eoque sensu etiam exceptionem numeratæ pecuniæ verè perpetua est. Bronch. 2. *misc.* 52. Cajus sic definit, *Perpetuæ atque peremptoriæ sunt, quæ semper locum habent, nec evitari possunt, l.* 3. *hoc tit.* sc. semel oppositæ.

Exceptio doli mali) Obiter hìc notandum, ex- 2 ceptionem peremptoriam, quamvis nascatur ex causa, ex qua actio nata esset temporalis, non solùm eo sensu perpetuam esse, quo diximus, sed etiam lapsu temporis non interire; verbi causa, actio de dolo temporalis est, exceptio autem doli perpetuo competit. Hoc ideo, quia actor in sua potestate habet, quando jure suo utatur; at in rei potestate non est, quando conveniatur, *l.* 5. §. *ult. de dol. exc.* Secus tamen est, cùm quis jus suum, intra certum tempus lege definitum, per modum actionis in judicio proponere potest; quia tunc illa ratio cessat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, querelæ inofficiosi quinquennio finitur. Gomez. 1. *var. ref.* 11. *num.* 20. Costal. in *l.* 8. §. *si filius.* 13. *de inoff. testam.*

Quod metus causa, &c.) Tres hæ exceptiones, doli mali, quod metus causa, & pacti conventi perpetui exempli tantùm causa proferuntur. Sunt enim longè plures exceptionum peremptoriarum species. Nam huc etiam pertinet exceptio erroris, item jusjurandi, rei judicatæ, transactionis: item non numeratæ pecuniæ, liberationis legatæ, rei venditæ, quæ vindicanti objicitur, *tit. de exc. rei vend.* item Senatusconsulti Macedoniani, & Vellejani, trium conformium sententiarum, *l. un. C. ne lic. in un. ead. ca.* quam exceptionem hodie non attendunt suprema tribunalia. Mynf. 1. *obs.* 15. Gail. 1. *obs.* 72. Christin. *vol.* 4. *dec.* 122. Imb. *lib.* 2. *inst. for.* Bugnion. *lib.* 1. *leg. abrog. art.* 253. denique præscriptiones omnes, quæ reo ex tempore nascuntur, & si quæ sunt aliæ, quæ rem, de qua agitur, perimunt.

TEXTUS.

De dilatoriis.

10. *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ne in-*

intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo iis, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia similis, differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioqui si intra tempus egerint, objectaque sis exceptio, neque eo judicio quicquam consequebantur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant & consumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita strictè hoc procedere volumus, sed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit & inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam passi sunt: & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti, temporalitium doceantur observare.

COMMENTARIUS.

1 *Præscriptio moratoria, & aliæ dilatoriarum numero.*
2 *Exceptio excussionis an dilatoria?*
3 *Dilatoria propter diem initio obligationi adjectum.*

EXceptiones temporales & dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt, *dilatoriæ*, quia ad tempus id faciunt, *temporales* appellantur. Cajus sic eas definit: *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ non semper locum habent, sed evitari possunt, l. 3. h. t.*

Qualis est pacti conventi, cùm ita convenerit, &c.) Hæc ab effectu appellari potest solutionis dilatoria. Cui similis est præscriptio moratoria à Principe impetrata, *l. 2. & l. 4. C. de prec. imp. off. l. in fraudem 45. §. fiscalibus. 10. de jur. fisc.* Solent enim principes humanitatis causa dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuria facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum rei familiaris passi, spatium aliquod ad solvendum petunt, quo se interim tueantur adversus creditores, ne in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Vulgo appellant literas *salvi conductus, gratiæ, securitatis.* Nostrates, *Brie ven van atterminat ofieresfpyt.* Qua de re consulendi Afflict. *decis. 377. & seqq.* Surd. *decis. 301. 307. 322.* Boer. *decis. 96.* Thesaur. *decis. 186.* Rebuff. *de lit. dilat. art. 1. gloss. 1. num. 9.* Christin. *vol. 2. decis. 70. & seq.* Kinschot. *tract. de solut. induc.* Dilatoriarum numero sunt & exceptiones, quæ dicuntur procuratoriæ, *l. 2. §. ult. l. 3. in fin. hoc tit. §. ult. inf. eod.* item præscriptiones fori, *l. ult. C. eod.* ut exceptio incompetentiæ, recusationis judicis. Hæ sunt, quæ vulgo appellantur judicii declinatoriæ. Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 2. 3. & 4.* Dilatoriæ quoque exceptiones sunt; quæ adversus inhumanum solidi petitionem conceduntur, *l. 16. & seqq. de re jud. §. item si. 37. & seq. & §. ult. sup. de act.* ubi vid. Item quæ ideo objiciuntur, quod actione, qua agitur, præjudicium fit rei majori, *tit. C. de ord. jud.* Item exceptio cedendarum actionum, non impleti contractus, libelli generalis & obscuri: item exceptio sub & obreptionis; quæ tamen quatenus negotium principale concernit, peremptoriis annumerari potest. Christin. *vol. 4. decis. 174. num. 5.* Denique exceptiones loci non tuti vel inhonesti, termini angusti, feriatum, & simil. de quibus latè Zanger. *de except. part. 2.* Plerique etiam exceptionem divisionis dilatoriam esse statuunt: sed rectius alii ad peremptorias eam referunt. Sichard. *ad l. 10. C. de fidejuss.* Bronch. *2. misc. 51.* Zanger. *de exc. part. 3. cap. 19.* Exceptio quoque excussionis quibusquam dilatoria est, quoniam ajunt, litem tantùm differt, non perimit, siquidem creditor excusso debitore potest redire ad fidejussorem sine metu hujus exceptionis. *Auth. præsente. C. de fidei.* Fach. *lib. 8. cap. 52.* Ant. Fab. *C. suo. hoc. tit. def. 1.* Verùm ego & hanc ad classem peremptoriarum potius referendam arbitror; nam utique actionem perimit, quod ad fidejussorem attinet, si debitori solvendo esse reperiatur. Hoc veró sufficit, ut pro perpetua & peremptoria haberi debeat, *l. sufficit. 56. de cond. ind.* D. Tuld. *comm. hic. cap. 6.* Aliis hæc exceptio dicitur anomala.

Aut pacti conventi, aut alia similis) Puta, quod pecuniæ petitæ dies non venit. Nam & cum obligatio ab initio in diem contracta est, ipso jure actio statim nascitur, ut abunde probavimus ad *§. 2. sup. de verb. obl.* Sed præmaturè seu ante diem agens exceptione *cujus pecuniæ dies non venit*, repellebatur: & quia perperam agebat, tempore plus debito petens, *l. 2. §. qui ita 6. de eo quod cert. loc. l. un. §. ult. quand. di. ususfr. leg. ced. l. liber. 118. §. 1. de verb. obl.* causæ amissione mulctabatur. Quæ pœna erat cujuslibet plus petitionis, *§. si quid agens. 33. sup. de act.* Cæterum ex constitutione Zenonis confirmata à Justiniano actor ante

te tempus pactionis aut obligationis litem inferens non amplius rem consumit, sed hanc pœnam suffert, ut cogatur reliquas inducias rei conduplicare, iisque finitis non ante audiatur, quàm sumptus omnes prioris litis refuderit, *hoc text. in calce*. Quid hodie juris sit, exposui ad *d. §. si quis agens* 33. *de act*.

TEXTUS.

De dilatoriis ex persona.

11. Praeterea etiam ex persona sunt dilatoriae exceptiones, quales sunt procuratoriae, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis verò negotiis superesse sine offensa militaris disciplinae possunt. Eas verò exceptiones, quae olim procurationibus propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur, cùm in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus; ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

COMMENTARIUS.

1 *Varia exceptionis dilatoriae genera ratione objecti.*
2 *Exceptio procuratoria quotuplex?*
3 *Liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti?*
4 *Usus exceptionum peremptoriarum in bonae fidei judiciis: in his contestationem earum non fuisse necessariam.*
5 *In strictis judiciis initio litis contestandas.*
6 *Quod ex interpretum sententia hìc receptum?*
7 *Vis exceptionum rei judicatae, jurisjurandi, & transactionis.*
8 *Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse.*
9 *Quibus exceptionibus uti liceat etiam in executione rei judicatae?*
10 *Usus dilatoriarum, has regulariter inter exordia litis opponi, disceptari, &c. oportere: & quae hinc excipiendae?*
11 *Quae exceptiones dilatoriae etiam post sententiam rectè opponuntur?*
12 *Moris hodierni plerorumque tribunalium circa usum exceptionum.*

1 Exceptionum dilatoriarum quaedam tangunt negorium ipsum & causam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, praescriptio moratoria, &c. Quaedam constitutionem judicii. Atque ex his quaedam personam judicis, ut exceptio suspecti, & exceptio praeventionis, de qua in *l. 7. de jud.* item ea, quae specialiter dicitur exceptio incompetentiae, si videlicet apud eum agatur, cujus de ea re, de qua agitur, aut in personam, cum qua agitur, jurisdictio non est. Quaedam personam adversarii, purà quod idoneam personam standi in judicio non habet, *tit. C. de his qui pers. legit. &c.* Quaedam personam procuratorum, vel quia procuratores non sunt, vel quia procuratores esse non possunt, quae dicuntur procuratoriae, *l. 2. §. ult. l. 3. hoc tit.* Sed nec incommodè quis dixerit, dilatorias omnes comparatas esse adversus quamcumque perversam judicii institutionem; sive quia persona judicis, aut adversarii, aut procuratoris, idonea non est ad judicium exercendum; sive quia actio, quae intenditur, non competit, aut alia prius intendi debet, ne per eam graviori causae praejudicium fiat; & generaliter quaecumque judicium transferunt, vel commutant in alias personas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde à Cicerone *lib. 1. & 2. de invent.* appellantur translationes & judicii commutationes.

Quales sunt procuratoriae) Exceptiones procuratoriae ex persona dilatoriae sunt, quia rem differunt: nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorsus inficiatur litem, sed personam evitat, *l. 2. in fin. hoc tit.* 2 Exceptio autem procuratoria duplex est: nam aut omnino procurator esse negatur, veluti si dicatur mandatum non habere, *l. inter quos 39. pen. de damn. infect. licet 24. C. de proc.* aut à pupillo sine auctoritate tutoris constitutus, *l. in exceptionibus 19. §. 2. de prob.* aut esse non posse contenditur, veluti si miles sit, aut mulier: cujusmodi exceptionum vix ullus hodie usus est; ut liquet ex iis, quae *sup. ad §. 1. de iis per quos ag.*

Mulierem) Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiae ratio prohibet, *l. 1. de reg. jur. l. 1. de postul.* quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defensorio nomine suscipere possunt, *l. neque foeminae 54. de proc. l. alienam 18. C. eod.* ubi Impp. ajunt, alienam suscipere defensionem virile esse officium, & ultra sexum muliebrem. Planè alias actiones in rem suam & proprium lucrum sibi mandatas exercere non prohibentur, *l. 4. C. eod.*

Militibus nec pro patre) Milites nec pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis rescriptum impetraverint, procuratores esse possunt, *l. 8. §. 2. de proc. l. 7. C. eod.*

Suis negotiis) *L. 9. de proc.* ubi Imp. militibus

bus non tantùm ſitas cauſas agere, verùm etiam ſi in rem ſuam procuratores conſtituti ſint, alienas actiones perſequi permittit.

Propter infamiam) Apparet ex hoc loco, olim infames neque procuratores eſſe, neque procuratorem dari potuiſſe, quamquam per ſe agere poterant. Juſtinianus autem exceptiones de agentis aut procuratoris infamia quieſcere jubet. Utique ubi de infamia non apertè conſtat, & ob id diſceptatio negotii protelanda. Operæ pretium facturus videor, ſi hic aliquid ſubjecero de recto uſu excep-3 tionum exercendarum. De eo duplex fere quæſtio eſt, una de numero objiciendarum, altera de tempore objiciendi. De numero hoc quæſitum, liceatne plùribus exceptionibus ejuſdem rei nomine ſimul uti. Movet exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum conſtat una tantum eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut pluribus exceptionibus, quamvis diverſis, modo ne ſe invicem deſtruant, eodem tempore uti poſsit, hoc effectu ut ſi in una probanda defecerit, ad aliam recurrere non prohibeatur, *l.* 5. *l.* 8. *hoc tit.* *l. nemo* 43. *de reg. jur. cap. nullus* 20. *eod. in* 6. DD. comm. *in d. l.* 8. Zaſ. *ibid. num.* 4. Covar. 1. *var. reſ.* 2. *num.* 2. Differentiæ ratio eſt, quod agere actori liberum eſt, defendere reo non item. Non iniquum in actore laceſſendi libertatem uno genere armorum circumſcribere: reo verò, cui non ſemper ſui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma ſuppeditare humanum eſt.

4 De tempore objiciendæ exceptionis ita in peremptoriis jus olim fuit, ut in bonæ fidei judiciis neceſſe non eſſet exceptionem initio litis conteſtari, ſed eam quandoque ante rem judicatam opponere liceret. Cui non obſtat, quod dicitur, ultra id quod in judicium deductum eſt, excedere poteſtatem judicis non poſſe: nam in bonæ fidei judiciis verba ipſa judicii dati exceptionem tacitam includunt, cùm in his jubeatur judex judicare ex æquo & bono: idque veteres ſignificant, cùm ajunt, exceptiones ineſſe bonæ fidei judiciis, his contineri; etſi non excipiatur, ſatis tamen per officium judicis conſuli, *l.* 3. *de reſc. vend. l. hujuſmodi* 84. §. *qui ſervum* 5. *de legat.* 1.

5 *l. planè* 38. *l. ult. de hær. pet.* In ſtrictis verò judiciis exceptionem in principio litis nominatim conteſtari neceſſe erat, & vel à reo agnoſcente intentionem actoris ſtatim probari, vel à dubitante tantiſper omiſſam, donec actor intentionem ſuam probaſſet, antequam ſententia ferretur, ad diſceptationem opponi. Textus clari in *l.* 9. *C. de præſcr. long. temp. l.* 8. & *l.* 9. *C. hoc tit.* Cæterum non conteſtatam poſtea objicere, nego pro arbitrio licuiſſe. Cujus ego rei fortiſsimum hoc argumentum habeo. Certum eſt, ultra id, quod in judicium deductum eſt, judicis poteſtatem non excedere, *l.* 18. *comm. div.* Atqui in ſtrictis judiciis nihil in judicium deductum intelligi poteſt, de quo lis non apertè conteſtata ſit. Nam ſive veterum judiciorum rationem conſiderare volumus, palam eſt, exceptiones in jure apud prætorem proponi debuiſſe, qui deinde formulæ eas includebat, ſive mutatam poſtea judiciorum formam, conſtat eamdem judicis poteſtatem manſiſſe liberam in bonæ fidei judiciis, in contrariis adſtrictam iis rebus quæ nominatim in judicium deductæ ſunt, ut proinde in his nihilominus neceſſe fuerit exceptionem in exordio litis conteſtari. Atque ita ſæpiſsime reſcriptum eſt, poſtquam jam à Diocl. *l.* 2. *C. de ped. jud.* ſublata eſſet judicis dandi licentia, *l.* 8. *l.* 9. *C. hoc tit. l.* 9. *de præſcr. long. temp.* Quibus non obſtat *l.* 2. *C. ſent. reſc. non poſſ.* Nam omiſſas ibid. ex *d. l.* 8. & 9. *hoc tit.* accipere debemus, non quarum nulla mentio initio facta, ſed quæ conteſtaræ poſtea omiſſæ, id eſt, dilatæ ſunt ad probationem & diſceptationem. Don. ad *dict. l.* 8. *num.* 7. Gudelin. *lib.* 4. *c.* 8. Vinn. Rectiſsimè ſe habet hæc Vinnii obſervatio. Nam in judiciis ſtricti juris exceptio erat inferenda formulæ, alioquin ejus rationem habere non poterat judex, e. g. *Si paret, Cajum Titio centum debere, tu eum in centum condemna, ut pactum ſit.* Et inde eſt, quod Tribunorum plebis implorari poſſet auxilium, ſi in formula omitteret exceptionem. Cic. *Quæſt. Acad.* 4. 30. Eo rigore non opus erat in actionibus bonæ fidei, quia illis exceptiones ineſſe credebantur. Et hinc judex earum rationem habebat extra formulam. Inde jam facilè patet in judiciis ſtricti juris exceptiones opponendas fuiſſe in jure, adeòque ante litis conteſtationem, in judiciis bonæ fidei etiam in judicio poſt litem conteſtatam. Conf. Ger. Noodt. *de juriſd.* 1. 3. *de fœn.* & *uſur.* 111. 15. *de form. emend. dol. mal. cap.* 5. Hein. Cæterum 6 plurium ſuffragiis probatum, uſuque receptum eſt, ut hujus generis exceptiones etiam non conteſtatæ uſque ad ſententiam rectè objiciantur: vid. Mynſ. 1. *obſ.* 24. Marant. §. 6. *num.* 12. Gail. 1. *obſ.* 74. *num.* 3. Weſ. *par. num.* 7. quod eo facilius nunc admittendum, quia diſcrimen judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris pænè ſublatum eſt, ut alibi demonſtravi. Exceptiones rei judicatæ, juriſjurandi, & 7 tran-

transactionis, hoc speciale habent, quod impediant litis ingressum, modo paratam earum reus probationem habeat: unde & litis finitæ appellantur. Christin. *d. decis. num.* 7. Gudelin. *lib.* 4. *cap.* 7. *sect.* 1. Quamquam si initio oppositæ non sunt ad impediendum processum, nihilominus postea opponi possunt ad justitiam causæ. Christin. *d. dec. num.* 18. *& seq.* Sciamus autem, ea, quæ de contestatione harum exceptionum diximus, dicta esse de exceptionibus facti, quibus aliquid factum esse intendimus, quod proinde & probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus* 19. *de prob.* quæ enim quæstionem facti habent, non possunt intelligi in judicium deduci, nisi 8 facti contestatione. Diversa autem causa est exceptionum juris, id est, earum, quæ alicui conditione ipsa personæ jure tribuuntur, qualis est exceptio divisionis epistola D. Hadriani fidejussoribus tributa. Nam hoc genus contestari necesse non est, sed sufficit quandoque, ante sententiam allegari, *l.* 10. *C. de fidejuss.* & ibi D. Ant.Fab. *C. suo, hoc tit. defin.* 1. *n.* 3. Nimirum auxilium divisionis satis sub appellatione & persona fidejussoris in judicium deduci intelligitur, cùm fidejussori jure tribuatur, hoc ipso quod fidejussor est. Duæ 9 omnino exceptiones peremptoriæ sunt, quas non solùm necesse non est initio litis contestari, sed quibus etiam non allegatis uti licet in executione rei judicatæ, nempe exceptio Senatusconsulti Macedoniani & Vellejani, *l.* 11. *de SC. Mac.* Id quod mirum videri non debet placuisse in iis exceptionibus; quæ publicæ utilitatis causa maximè introductæ sunt. DD. nostri etiam plures hujus generis referunt in *l.* 1. *C. de re jud. l.* 1. *C. de jur. & fact. ign.* Gail. 1. *obs.* 113. *num.* 5. *& seqq.* Zas. in *l.* 2. *hoc tit. num.* 16. Marant. *part.* 2. *memb.* 9. *num.* 18. Merul. *lib.* 4. *distinct.* 4. *sect.* 3. *tit.* 4. *cap.* 14. Exceptiones dilatoriæ, cujuscumque eæ generis sunt, si paucas dempseris, inter exordia litis, hoc est, ante litem contestatam, opponi debent. Quin & disceptari, probari, & decidi, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Excipitur dilatoria solutionis, non defugiendi 10 judicii, sed solutionis differendæ gratia objecta, seu, ut vulgo loquuntur, non ad impediendum processum, sed ad merita causæ opposita, cujus initio contestatæ probatio demum à reo exigitur, postquam actor intentionem suam probavit, quod refero *l. exceptionem* 19. *C. de probat.* cum Gudelin. *lib.* 4. *c.* 7. *sect.* 1. Sed & si quæ hujus generis demum post litem contestatam nata sit, veluti si novæ causæ postea emerserint, ob quas judicem tamquam suspectum recusare liceat, non est ambigendum, quin hujusmodi exceptio post cœptum judicium objici possit, *cap.* 15. *de off. deleg.* Sichard. *ad l.* 13. *C. de proc. num.* 5. quamquam in privilegio fori superveniente hoc locum non habet, *l.* 7. *de judic.* Idem juris esse interpp. nostri volunt, si exceptio gravamen successivum, ut loquuntur, habet: cujusmodi est exceptio loci non tuti vel suspecti. Myns. 2. *obs.* 74. Gail. 1. *obs.* 52. *n.* 3. Sichard. *d. loc. n.* 6. Item si reus exceptionem sibi competere in facto errans ignoraverit, *c.* 4. *π*. *hoc tit.* Covar. *pr. quæst.* 26. *n.* 2. Illud certum est, exceptiones dilatorias, quæ ad- 11 versus inhumanam solidi petitionem comparatæ sunt, non solùm post litem contestatam ante sententiam objici posse, sed etiam post rem judicatam in ipsa executione, *l.* 14. *l.* 17. §. *ult. sol. matr. l. item* 18. *l. Nesennius* 41. §. *ult. de re jud.* Rationem reddunt, quia hoc genus exceptionis non impugnat sententiam, sed moderatur vires judicati. Idem obtinet & in exceptione restitutionis, *l. divus* 33. *de re jud.* & in exceptione cedendarum actionum, *l. si fidei.* 41. §. 1. *de fidejuss.* Item in exceptione non impleti contractus, veluti pretii non soluti. De qua DD. in *l.* 1. *C. de jur. & fact. ign.* Gail. 2. *obs.* 27. Zang. *de exc. part.* 4. *cap.* 28. *n.* 88. Tantumdem dixero, si exceptio judicium retro reddat nullum, qualis est exceptio falsi procuratoris, *l. licet* 24. *C. de proc.* si modo hæc vera exceptio. Moribus multorum tribunalium nunc ita comparatum 12 est, ut reus omnes exceptiones, quas habet, simul & conjunctim initio litis proponere debeat, peremptoriasque una cum dilatoriis. Quod vocant procedere ad omnes fines. Cæterum protestari consuevit reus, se hac exceptionum cumulatione nihil damni habiturum, sed ex illis sibi defensionem rectè atque ordine velle tribui. Damhoud. *prax. civ. cap.* 139. Imbert. *inst. for. lib.* 1. *cap.* 51. Mynf. 4. *obs.* 89. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 4. *cap.* 1. Christin. *vol.* 4. *decis.* 174. *num.* 15. Gudelin. *lib.* 4. *c.* 7. *sect.* 1. *& cap.* 8. *sect.* 1. *in fin.* ubi etiam docet, quam rationem hoc institutum habeat, nimirum ut cunctis rei defensionibus initio allegatis, judex ex iis statum causæ eliciat. Variatur enim status causæ, cùm intentione actoris probata exceptio postea opponitur. Et quid opus est actorem longum tempus magnosque labores & sumptus probandæ intentioni suæ impendisse, si ea exceptio tamdem objiciatur, quæ initio objecta eum statim à lite retraxisset? Tres tamen sunt exceptiones, quæ in tribunalibus nostris so-

solæ & per se proponi possunt, exceptio declinatoria fori, litis pendentiæ, & litis finitæ, juxta *instruct. Cur. Holl. art.* 88. junct. *art.* 10. *Ampliat. & art.* 12. *ord. Just.* Groenew. *de ll. abrog. ad hunc tit. Inst.*

TITULUS DECIMUS-QUARTUS.

DE REPLICATIONIBUS.

Replicatio quid sit.

Ut exceptio actorem excludit, ita replicatio reum, *l.* 2. §. 2. *exc.* estque nihil aliud replicatio, quàm secunda actoris allegatio ad firmandam actionem suam adversus exceptionem à reo oppositam. Itaque & replicatio quædam exceptio est, sed quæ à parte actoris venit, *d. l.* 2. §. 1. unde à Paulo dicitur contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio, *l. exceptio* 22. §. 1. *eod.* quamquam propriè exceptio appellatur ea defensio, qua reus utitur ad excludendam actionem.

TEXTUS.

De replicatione.

Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, tamen iniquè noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia: quæ replicatio vocatur; quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat: si creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnotur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

NOTÆ.

Quæ prima facie justa) Κατὰ τὸ ἀκριβὲς, secundum jus strictum: iniqua autem, si ex æquitate putetur.

Adjuvandi actoris gratia) Exceptio est subsidium rei, replicatio actoris, *l.* 7. *l.* 10. *de except. l.* 2. §. 2. *D. eod.*

Replicatio vocatur) Quæ & ipsa quædam exceptio est, sed quæ à parte actoris venit, *d. l.* 2. §. 1.

Nocet ei exceptio) Quia pactum prius per posterius non tollitur ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum est. Quia in stipulationibus jus continuetur, in pactis pactum versatur, *l.* 27. §. 2. *de pact.* id est, quia pacto non liberamur nisi contestatione pacti: at per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam & subsecutam acceptilationem, etiam sine aliqua defensionis contestatione.

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur* l. si unus 27. §. 2. de pact. & *conciliatur cum* l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solut.

Cum exceptio in speciem justa, revera iniqua est, opus est alia defensione adjuvandi actoris gratia. Ut ecce. Creditor, qui decem mutuo dederat, pactus est cum debitore, ne ab eo peteret. Postea cùm quereretur creditor, nullam fuisse causam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, qua placeret, rursus ei petere licere. Hic si creditor agat, & excipiat debitor, obstabit agenti exceptio: nam prius pactum non tollitur per posterius ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum sit, puta si novandi animo posterior interposita sit, *l. si unus* 27. §. 2. *de pact.* Cæterum quia iniquum est, creditorem excludi, alia defensione adjuvatur ex posteriore pacto convento, quæ exceptioni opposita eam elidat, & nostris replicatio dicitur, propterea quod per eam replicatur & resolvitur jus exceptionis, *hoc text. l.* 2. §. 1. & 2. *eod.* Theophilus reddidit, ἀναλύεται ἡ τῆς παραγραφῆς ἰσχὺς *Vis exceptionis resolvitur.* Rhetores firmamentum appellant. Nam definitore Cicerone *in partit. cap.* 29. *Firmamentum est, quod ad labefactandam rationem* (ea nostris *exceptio*) *refertur.* At enim, inquis, obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, *l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *de solut.* cui consequens videtur, quod pacti etiam hæc vis sit, ut ipso jure obligationem priorem reponat in pristinum statum, perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Minimè, inquam: nam cùm non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc competat, fieri nequit ut exceptio debitori priore pacto quæsita posteriore pacto ita tol-

tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit. Atque hoc significat Jurisconsultus in *d. l. si unus.* 27. §. 2. *de pact.* cùm ait, in pactis factum versari. Antea dixerat, in stipulationibus jus contineri. Ait, *in pactis factum versatur*; id est, ut ego interpretor pacta quidem nobis prosunt ad liberationem, sed facto nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, ejusque pacti exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio cùm in facto rei posita sit, rectè dicitur, in pactis factum ad liberationem versari: eademque hìc exceptionis & replicationis ratio. *In stipulationibus*, inquit, *jus continetur*: id est, per stipulationem novantem, per Aquilianam eamque secutam acceptilationem, hoc assequimur, ut ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, id est, non defensionis contestatione, aut acceptilationis exceptione & objectione. Huc pertinet, quod idem Jurisconsultus in *l. qui servum.* 34. §. 1. *de obl. & act.* scribit, eum, qui rem sibi commodatam surripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione, sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim, cùm quis ipso jure liberatus est, posse eum tuto negare se debere; & quamvis exceptionem in judicio non proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se quandoque apud judicem doceat. Si verò per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare se teneri: sed cùm hoc confessus fuerit, ejus quod præcesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, ne teneatur. Hoc verò inquit facere est tutius: quia scil. dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit jure: add. Cujac. & Anton. Fab. *ad d. l.* 27. §. 2. *de pact.* Don. *ad l.* 5. *C. eod.* Bachov. *de pact. cap. de effect. pact. lib.*

Textus.

De duplicatione.

1. *Rursus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie justa est, iniquè noceat. Quod cùm accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia; quæ duplicatio vocatur.*

De triplicatione.

2. *Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori iniquè noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur; quæ dicitur triplicatio.*

De cæteris exceptionibus.

3. *Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quàm diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex digestorum latiore volumine facile est cognoscere.*

Commentarius.

1 *Hodie ultra duplicationem non procedi nisi ex gravi causa: nec in statu juridiciali exceptionum aut replicationum usum esse.*

Si replicatio & ipsa prima fronte justa, revera autem iniqua sit, contra eum datur reo duplicatio: & rursus contra duplicationem actori triplicatio: & sic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor vel reus objicit, allegationumque ultro citroque modus est infinitus, *l.* 2. §. 3. *hoc tit.* Verùm 1 hanc licentiam posteritas merito refrænandam putavit, ne modus allegationum nimium multiplicatus non tam explicet causam, quàm implicet. Itaque hodie in bene constitutis Curiis placet, non procedi ultra duplicationem; nisi ex gravi causa judex aliter decernat, puta ob novi, & ad statum causæ pertinentis facti allegationem. Vid. *Ordin. Cam. Imp. p.* 3. *tit.* 20. Imbert. 1. *Inst. for.* 36. *Ampliat. Instr. Cur. Holland. art.* 12. D. Tuld. *in comm. ad hunc tit. c.* 1. & 2. ubi exemplo hanc rem illustratam ostendit, cur necesse non sit ultra duplicationem progredi. Concessa autem ex causa actori triplicatione, reo simul concessa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps, Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 10. *cap.* 1. In statu causæ juridiciali exceptionibus aut replicationibus non utimur: sed judex *appoincteert partyen te beschryven by memorien en advertissementen van rechten*, &c. In statu conjecturali *appoincteert acten te maecken, en daer van te dienen, indien geen productie van noode is; ofte in feyten contrarie, indien productie vereyscht vvordt. Ende vvordt in beyde geschreven by eysch, ant. vvordt, replijcq, duplijcq, by intervalle van tijd, sonder meer.* Merul. *d. dist.* 4. *sect.* 4. *tit.* 10. & *seq.*

Textus.

Quæ exceptiones fidejussoribus prosunt, vel non.

4. *Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus: & rectè: quia quod ab iis petitur, id ad ipso debitore peti videtur: quia mandati judicio redditurus est eis, quod ei pro eo solverint.*

Qua ratione & si de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis pecunia peteretur. Sanè quædam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, si bonis cesserit. *Sed hæc exceptio fidejussoribus non datur: ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maximè prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quis pro eo obligavit, suum consequi.*

Commentarius.

1 *Quæ exceptiones ad alios transeant, aut non transeant.*

2 *Exceptio læsionis ex causa ætatis cujus generis.*

1 Utrum exceptio, quæ debitori competit, ad alios, puta hæredes, fidejussores, transeat, nec ne, ex genere exceptionis definiendum est. Nam quædam exceptiones in rem sunt, quædam in personam, sive quod idem est, quædam causæ seu rei, quædam personæ cujusque cohærent. Rei cohærentes exceptiones sunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa, pacti conventi in rem, Senatusconsultorum Vellejani & Macedoniani, &c. *l. 7. §. 1. hoc tit.* Personæ cohærent, exceptio pacti, quo nominatim convenit, ne à solo debitore peteretur, *l. nisi. 22. de pact.* ne quis ultra quàm facere potest, conveniatur, *d. l. 7. in pr.* item præscriptio moratoria, utpote beneficium Principis personale, *l. 1. §. 2. de const. Princ. l. privilegia. 196. de reg. jur.* Primi generis exceptiones etiam successoribus & fidejussoribus, reliquisque accessionibus dantur, *d. l. 7. §. 1. l. omnes. 19. hoc tit. de except. l. si tibi. 17. §. pactum. 5. cum aliquot ll. seqq. de pact. l. ex persona. 32. de fidejuss. l. 9. §. ult. l. si is. 25. §. ult. de exc. rei jud. l. 7. cum seq. de jurejur. l. 9. §. pen. de sen. Mac. l. 16. §. 1. ad sen. Vellel. l. 8. C. de non num. pec. l. emptori. 28. C. de evict.* Secundi generis personam debitoris non egrediuntur, *l. 12. & l. seq. sol. matr. l. etsi. 24. cum seq. de re jud. l. nisi. 22. l. idem. 25. §. 1. de pact. cum similibus.*

Quia mandati judicio) Hæc ratio est, ob quam placuit, exceptionem, quam reus habet, etiam fidejussori prodesse, nimirum quia alioqui nec ipsi reo profutura esset: quippe à quo fidejussor, quod solvit, judicio mandati repetere potest, §. *si quid. 6. sup. de fidejuss. l. mandati. 14. C. eod.* Hinc quod à fidejussore petitur, τὸ δεύτερον à reo exigi, scribit Ulpian. *l. adversus. 29. de recept. arb.* Quod si nulla sit mandati actio, puta si donandi animo fidejusserit, exceptio reo competens fidejussori non proderit, *l. quod dictum. 32. de pact. l. 9. §. pen. de sen. Mac.*

Si de non petenda pecunia) Nisi nominatim id actum, ne à solo debitore peteretur, non etiam à fidejussoribus: nam tale pactum, quia personale est, ad fidejussorem non pertinet, quemadmodum nec ad hæredem, *l. nisi. 22. l. idem. 25. §. 1. de pact.* Putarem tamen, hodie etiam tale pactum fidejussori prodesse debere propter beneficium ordinis novissimo jure fidejussoribus tributum, quod alioqui facile per collusionem reorum eis auferri posset. Hoc & D. Cujacius in *d. l. 22.*

Debitor si bonis suis cesserit) Debitor, qui creditori suo bonis cessit, si iterum conveniatur, tueri se potest exceptione cessionis bonorum; neque tenetur, nisi quid alicujus momenti postmodum acquisierit: quo tamen casu adhuc in solidum conventus exceptionem competentiæ habet, ne ultra quem facere possit, condemnetur, *l. 4. & pass. de cess. bon.* Hæc autem exceptio, uti & cæteræ omnes, quæ adversus solidi petitionem comparatæ sunt, personalis est, non causæ, sed personæ cohærens: & ideo ad alios non transit, *l. 7. pr. de except.* De quo plura *sub. §. ult. de act.*

Qui alios pro debitore obligat) Cùm fidejussor suam personam, tanquam magis idoneam, substituat pro persona debitoris principalis, merito arcetur ab iis defensionibus, quæ propriæ sunt personæ rei, & specialiter tribuuntur. 2 Exceptio læsionis ex causa ætatis, quæ minoris in integrum restituto datur, mixti generis esse videtur, & partim pro beneficio causæ habenda, quia etiam hæredibus minoris datur, etsi ipsi sunt majores, *l. 6. de restit. in integ. l. minor. 18. §. ult. de minor.* partim pro beneficio personæ, quia denegatur fidejussoribus ejus, *l. in causæ. 13. pr. eod. l. 7. in fin. de except. l. 1. l. 2. C. de fidej. min.* nisi forte salva sit creditori judicii in alium translatio, *l. minor. 51. de procur.* add. Mynf. 4. *obs.* 18. Maurit. *tract. de rest. in int. c.* 13. Gomez. 2. *res.* 14. *n.* 6. & 9. Planè, si quis pro minore dolo adversarii circumvento intervenerit, ex hac causa quæ minori competit exceptio, ea pro beneficio causæ omni ex parte habetur, ut etiam prosit fidejussori. Nec mirum, cùm etiam majoribus ex eadem causa eadem exceptio detur, *d. l. 7. §. 1. de except. l. ult. C. de fidej. min.* Maurit. *c.* 14. Odd. *tract. de rest. in int.* 1. *quæst.* 48. Duar. *ad d. tit. C.*

TI-

TITULUS DECIMUS QUINTUS.

DE INTERDICTIS.

Dig. Lib. 43. *Tit.* 1. *C. Lib.* 8. *Tit.* 1.

Ratio ordinis, & summa tituli.

POstquam de actionibus, earumque ordine, progressu, & cum exceptionibus congressu, dictum est, non inconvenienter subjicitur tractatio de interdictis; quippe quæ & ipsa actionum instar obtinent, & si vim eorum ac potestatem spectes, id est, quod iis, consequi volumus, re ipsa actiones sunt: unde & actionis verbo contineri dicuntur, *l. actiones* 37. *de obl. & act.* Denique & olim ex causa interdicti adversus non parentem actio dabatur, & postea ambagibus interdictorum sublatis placuit, ut recta & protinus actio possessorem proponetur, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Unde & Compositores titulum π˜. inscripserunt, *De interdictis, sive extraordinariis actionibus, &c.* Docemur primum hoc titulo, quid sit interdictum, & quæ ratio nominis; deinde variæ traduntur divisiones, quæ genera, eorumque species ostendunt.

TEXTUS.

Continuatio & definitio.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus prætor jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maximè fiebat, cùm de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

NOTÆ.

Maximè cùm de possessione) Ait *maximè*, quia quædam interdicta proprietatis, aut quasi proprietati causam continent: vid. *l.* 2. §. 2. *hoc tit. l.* 3. §. 11. *cum seqq. de itin. act. priv.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita, ut hujusmodi controversiæ, in quibus ut plurimum ultra jurgium proceditur, & manibus non temperatur, quàm celerrimè componerentur, *l.* 13. §. 3. *de usufr.*

Quasi possessione) Rerum scil. incorporalium, puta usufructus & servitutum, quæ quasi possideri dicuntur, *l.* 18. §. 1. *de her. pet. l.* 23. §. 2. *ex quib. caus. maj.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit interdictum juxta veterem formulam, & quid hodie? observatur error Theophili.*

2 *Quæ interdicta causam proprietatis aut quasi contineant?*

3 *Cur potissimum de possessione proposita?*

SEu actionibus, quæ pro his exercentur) Nam tempore Justiniani necesse non erat interdictum reddi & impetrari, sed loco interdictorum actiones recta introducebantur, ut docet §. *ult. hujus tituli.*

Formæ atque conceptiones verborum) Interdicta certis verborum formulis constabant: id quod ex singulis fere titulis libri 43. π. cuivis licet animadvertere. Itaque interdictum, si 1 veterem formulam spectemus, sic recte definietur. Decretum prætoris certis verbis conceptum, quo in causis possessionum vel quasi possessionum jubebat aliquid fieri, aut fieri vetabat, prout id rei, de qua agebatur, conveniebat. Nam alias petitur, ut possessio restituatur, aut res exhibeatur; hic prætor restitui aut exhiberi jubebat. Alias qui rem tenet aut ea fruitur, petit, ne sibi tenenti aut fruenti vis fiat: hanc prætor fieri vetabat.

Aut jubebat aliquid fieri) Sine constitutione judicii. Nam prætor ad stipulationem interdictum petentis adversario ad se vocato sine forma judicii interdictum reddebat, certa verborum formula jubens aut vetans aliquid fieri. Quod si interdicto paritum non esset, tum aut manu ministrorum decretum suum exequebatur, aut civilius ex causa interdicti actionem & judicium dabat, *l.* 1. §. 2. *si vent. nom. mul. l.* 3. *pr. ne vis fiat ei, qui in poss.* Totoque judicio fallitur Theophilus, interdictum definiens enuntiatum prætoris non decidens hypothesin, sed quomodo de ea judicandum sit, judicem informans. Postea placuit, actionem sine isto circuitu recta proponi: ut hodie interdicta nihil aliud sint, quàm actiones, quibus de possessione disceptatur.

Tunc maximè cùm de possessione) Ait, *maximè*: 2 quia quædam interdicta proprietatis aut quasi proprietatis causam continent; veluti de itinere actuque privato, de qua quotidiana & æstiva, de locis sacris & religiosis, *l.* 2. §. *hoc tit. l.* 3. §. *ait.* 11. *cum* §§. *seqq. de itin. actuque priv. l.* 1. §. *ult. de aq. quot. & æst.* quamquam hæc non ideo dicuntur causam proprieta-

tatis continere, quod non sint de possessione aut usu rei tuendo : sed quia cùm sint de his rebus principaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, aut velut proprietatis, dum placet, eum vincere in hoc usu, qui jus, de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit, *d. l.* 3. §. *hoc autem* 13. Don. *ad hunc tit. C. n.* 6. Tuld. *n.* 2. Et hoc est, quod dicitur in *d. l.* 1. §. *ult.* in hujusmodi interdictis totam quæstionem finiri, id est, & possessionis & proprietatis; cùm illa quæ sunt de sola possessione vel quasi possessione tantùm sint præparatoria, & ubi defecerint, incipiat secunda actio, *l. ult. C. quor. bon.* quæ & principalis dicitur in *l. nulli.* 10. *C. de jud.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita fuisse videntur, ut hujusmodi controversiæ quàm celerrimè imperio prætoris transfigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unusquisque possessionem rei sibi asserere conatur, vis interim fiat : quod cùm in causis proprietatis, ubi de possessore jam constat, non metuatur, illarum cognitio sine periculo ad privatos judices delegari potest : quam etiam ob causam nunc ferre suprema tribunalia in prima instantia de causis possessionum cognoscunt. Gail. 1. *obs.* 5. uti apud nos curia Provincialis *art.* 39. & *seqq. instr. Cur. Holl.* aut supremus Senatus *art.* 19. *supr. Senat.* Sed & pleraque interdicta de iis rebus competunt, quarum nulla proprietas est, seu usus tantùm, quædam velut possessio privatorum; nempe de locis sacris, religiosis, publicis, hominibus liberis, *l.* 1. *pr. hoc tit.* & exponuntur singulis titt. seorsum.

TEXTUS.

Divisio prima.

1. *Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus prætor vetat aliquid fieri : veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi, vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro hærede aut pro possessore possidet ex ea hæreditate : aut cum jubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi : veluti, eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit : aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putant, interdicta ea propriè vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere sit denuntiare & prohibere : restitutoria autem & exhibitoria propriè decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari; quia inter duos dicuntur.*

COMMENTARIUS.

Divisio interdictorum, quæ hìc proponitur, à forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis, aliisque commercio hominum exemptis proposita sunt, quàm quæ de rebus privatis. Ulpian. *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* addit; quædam interdicta & mixta esse, quæ & prohibitoria sint & restitutoria. In quo genere est interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, *l.* 3. §. 2. *eo tit.* item interdictum de liberis exhibendis & deducendis, *l.* 3. §. 1. *illo tit.* vid. Cujac. 4. *obs.* 11.

Vetat aliquid fieri) Unde in formulis edictorum prohibitoriorum prætorem passim usurpare videmus verbum *veto.*

Vim sine vitio possidenti) Intelligit interdictum *Uti possidetis* : quod plenius explicabitur §. *retinendæ.* 4. *inf. eod. Sine vitio possidenti*, id est, nec vi, nec clam, nec precario possidenti ab adversario : nam alias etiam vitiosùm possessorem interdictum tuetur, *l.* 1. §. *ult. uti possid.*

Mortuum inferenti) Significat interdictum de mortuo inferendo, quod in aliorum ordinem sub *lib.* 43. π. non refertur, sed *tit. ult. lib.* 11. his verbis : *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus est, quominus illi eo eave mortuum inferre, & ibi sepelire liceat, vim fieri veto.*

In loco sacro ædificari) De quo in *l.* 1. & *passim, ne quid in loc. sacro.*

In flumine publico) De quo sub *tit. de fluminib.* & *tit. ne quid in flum. publ.*

Restitutoria, quibus restitui) Qua de causa ita semper concepta sunt, ut verbum *restituas* addatur, *l.* 1. *quor. bon. l.* 1. *quod vi aut clam. l.* 2. *de precar.*

Bonorum possessori) Significat interdictum *quorum bonorum*, de quo copiosus explicabitur §. *proximo.*

Qui vi de possessione) Unde apparet, significari interdictum *unde vi.* §. 6. *inf.* cui explicando alius item locus infra destinatus est.

Exhibitoria, per quæ jubet exhiberi) Quapropter verbum *exhibeas* in his addi solet, *l.* 1. *de tab. exhib. l.* 1. *de hom. lib. exhib. l.* 1. *de lib. exhib.* Inter actionem ad exhibendum & interdicta exhibitoria hoc principaliter interest, quod hæc tantùm ad causam possessionis pertinent, illa iis fere datur, qui de proprieta-

te

te litigaturi sunt, *l. 1. an exhib.* Quod verò nonnulli ajunt, actionem ad exhibendum competere de eo, quod privatim cujusque interest, interdicta autem hæc magis publicam causam spectare, id non esse perpetuum, ostendit interdictum de tabulis exhibendis.

De cujus libertate) Significatur interdictum de homine libero exhibendo, quod tuendæ libertatis causa propositum est, ne videlicet homines liberi à quoquam retineantur, *l. 1. de hom. lib. exhib.*

Cui patronus operas) Quam ad rem comparatum idem edictum sub. *tit. de lib. exhib.*

Aut parenti liberos) Cujus rei causa propositum interdictum sub *tit. de lib. exhib.*

Propriè interdicta vocari, quæ prohibitoria) Atque hoc quoque mihi admodum verisimile videtur: nam interdicere omnibus Latinè loquentibus idem est, quod vetare, prohibere; ut existimandum, ex productione & quasi abusione ejus verbi esse, quod decreta quoque restitutoria & exhibitoria interdicta appellata sint.

Quæ inter duos dicuntur) Hoc planè ineptum videtur. Proinde Alciat. in *l. pecunia* 178. *de verb. sign.* pro his verbis, *inter duos dicuntur*, reponit, *interim dicuntur.* Quæ allusio naturæ rei non male convenit: nam interdicta totam litem non perimunt, sed tantum possessorem interim dicunt, quod quæstio principalis de proprietate, de qua adhuc cognoscendum est, terminetur, *l. 3. C. hoc tit. l. 2. in fin. C. ubi in rem act. l. 13. C. de rei vind.* Isidorus quoque & Anianus ad Paul. *lib. 5. sent.* interdictum definiunt sententiam interim dictam. add. Covar. *pract. quæst.* 17.

Textus.

Divisio secunda.

2. *Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.*

Notæ.

2. *Sequens divisio*) Ex Paul. *l. 2. §. ult. hoc tit.* Superior à forma, hæc à fine sumpta est, & ea dumtaxat interdicta complectitur, quæ ad rem familiarem spectant, *d. l. 2. §. ult.*

Quædam adipiscendæ) Omnis de possessione rei privatæ contentio eo spectat, ut aut possessionem adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperamus. Auson. *Id.* 11.

Interdictorum trinum genus unde repulsus.

Vi fuero, aut utrobi fuerit, quorumve bonorum.

Interdictum *unde vi* comparatum est recuperandæ possessionis causa, *utrobi* retinendæ: *quorum bonorum* adipiscendæ.

Commentarius.

Secunda hæc divisio non complectitur omnia interdicta, sed ea tantùm, quæ ad rem familiarem pertinent, *l. 2. §. ult. hoc tit.* ac proinde tantùm subdivisio quædam est, non secunda totius divisio. Est autem à fine sumpta: nam omnis de possessione rei privatæ controversia eo spectat, ut aut possessionem nunc primum adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus.

Textus.

De interdictis adipiscendæ.

3. *Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur,* Quorum bonorum: *ejusque vis & potestas hæc est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro hærede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro hærede autem possidere videtur, qui putat se hæredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hæreditariam vel etiam totam hæreditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessiones vocatur interdictum, quia ei tantùm utile est, qui nunc primum conatur adipisci possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

Notæ.

3. *Appellatur quorum bonorum*) A primis verbis interdicti, ut pleraque alia.

Pro hærede possidere, &c.) Vid. *l. 11. cum seqq. de hær. pet.*

Primum conatur adipisci possessionem) Non enim petitur hoc interdicto, ut res restituantur, quæ aliquando ab hærede possessæ, sed quæ numquam. Itaque si restitutorium est, ut sit adipiscendæ possessionis, *d. l. 1. in fin. hoc tit.*

Appellatur Salvianum) *Lib. 43. π. tit. ult. & 8. C. tit. 9.*

Commentarius.

1 *Quæ interdicta adipiscendæ possessionis causa comparata.*

2 *Quorum bonorum, cui, adversus quem compe-*

petat : & cui bono comparatum.

3 *Quis hic dicatur pro hærede prove possessore possidere : tam cur bonorum possessori petitio hæreditatis non sufficere visa : & in quo illa cum hoc interdicto conveniat.*

4 *Quibus propositum remedium* l. ult. C. de evict. D. Hadr. toll.

5 *Cui adversus quos interdictum Salvianum detur ?*

6 *Interdicto huic affine remedium actio Serviana: & cur interdicto experiri utilius.*

1 ADipiscendæ possessionis interdicta dicuntur, quæ comparata sunt ad possessionem, quam antea non habuimus, nunc primum acquirendam: cujus generis duo hic proponuntur & explicantur; interdictum quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere sunt & interdicta quod legatorum; ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est; de tabulis exhibendis, & de glande legenda: quæ extant & explicantur in π.

2 *Accommodatur bonorum possessori*) Competit hoc interdictum ei, cui ex edicto prætoris bonorum possessio data est, *l. 1. quor. bon.* uno verbo, hæredi prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile detur, qui jure civili hæredes facti sunt, per *l. 1. C. quor. bon.* Gloss. comm. approbata ad *rub. C. eod.* Schneid. *hic n. 13.* Ant. Fab. *C. suo, eod. tit. defin. un.* Quamquam hoc displicet Baron. *hic.* Don. *ad d. tit. C. n. 3.* Cujac. *in par. C. eod.* Sed quid opus est, inquis, hoc interdicto ad novam possessionem adipiscendam, si jam bonorum possessio alicui à prætore data est ? Eo opus est, quod bonorum illa possessio, quam prætor tribuit, non corporis, sed juris est: hoc est, prætor dando bonorum possessionem, tribuit, tantùm jus persequendi & retinendi patrimonii defuncti, corporum autem possessione aut detentionem non tribuit, *l. 3. §. 1. de bon. poss.* Hæc igitur adhuc restat, atque hoc interdicti petitur, *l. ult. C. quor. bon.*

Ut quod ex iis bonis) Competit hoc interdictum de iis bonis, quæ in hæreditate defuncti, cùm moreretur, fuerunt; atque etiam de iis, quæ ex his bonis usucapta sunt: id enim significant verba interdicti, *possideresve, si nihil usucaptum esset. l. 1. quor. bon.*

Pro hærede aut pro possessore) Datur hoc interdictum adversus duo genera possessorum: primum adversus eum, qui pro hærede prove possessore possidet; quod etiam hic expressum est: deinde adversus eum, qui dolo malo fecit, quominus pro hærede prove possessore possideret; quod nominatim adjectum est in *l. 2. C. quor. bon.* & comprehensum illis verbis interdicti, *Quodque dolo malo fecisti, ut desineres possidere, d. l. 1. eod.* Estque hoc omnibus regulis juris consentaneum, *l. parem. 150. l. qui dolo. 131. cum simil. de reg. jur.* Hinc autem intelligimus, eum, qui titulo singulari possidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri sicut nec petitione hæreditatis, *l. 7. C. de pet. hær. l. 4. C. in quib. ca. cess. long. temp. præscr.* Esset enim iniquum, eum, quem dominum esse non constat, sed qui tantùm se hæredem esse dicit, rem auferre ei, qui pro domino bona fide & justo titulo possidet. Ajo, justo titulo: nam titulus injustus aut jure invalidus possessorem non tuetur, quominus aut interdicto cum eo agi, aut hæreditas ab eo peti possit, *arg. l. nec ullam. 13. §. 1. de hær. petit.* Covar. *pract. quæst. cap. 12.* Cacheran. *decis. 56.*

Restituere debeat) Restituendi verbum propriè refertur ad ea, quæ à nobis profecta restituuntur. Sed interdum & de his accipitur, quæ nunc primum nobis præstantur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit hæres eas res sibi restitui, quas aliquando possedit, sed quas numquam. Itaque sic restitutorium est, ut tamen sit adipiscendæ possessionis, *l. 1. in fin. quor. bon.*

3 *Pro hærede*) Is dicitur hoc loco pro hærede possidere, qui se hæredem dicit, cùm non sit, sive sciat, se hæredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem, qui nullam causam possidendi aliam habet, quam quod possidet: unde & nomen natum, *l. 11. cum seqq. de hær. pet.* Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile esse & otiosum, propterea quod hæredibus & bonorum possessoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio scilicet hæreditatis; quippe qua non tantùm corporum possessores, ut interdicto *l. 2. quor. bon.* sed etiam possessores juris & debitores hæreditarii tenentur, si se hæredes esse contendant, *l. 9. l. 13. in fin. l. si debitor. 42.* & ibi Bart. *de hær. pet.* Sed neque majora onera esse videntur in judicio petitorio, quàm in interdicto: nam & qui interdicto experitur, probare debet se hæredem esse, *l. 1. C. quor. bon.* Resp. Eadem inter hæc remedia differentia est, quæ inter cætera judicia possessoria & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpote remedium possessorium, non habet longas litis moras, sed brevis in eo est & expedita via ad possessionem adipiscendam. In petitione autem hæreditatis plena de omnibus inquisitio & efficacior probatio requiritur, *d. l. 1.* junct. *l. judices 9. C. de jud.* add. Afflict. *decis.*

14. Me-

14. Menoch. *de adip. poss. rem.* 1. *num.* 97. *& seq.* Ant. Fab. *C. suo tit. quor. bon. defin. unic.* Planè in eo hæc judicia conveniunt, quod utrumque ad universitatem pertinet, non ad res singulares, *l.* 1. *in pr. de rei vind. l.* 1. §. 1. *quor. bon.* idque duplici respectu dicitur. 1. ratione intentionis actoris, qui universa bona ad se pertinere dicit. 2. ratione tituli, quo reus possidet: neutro enim judicio alius tenetur, quàm qui pro hærede vel pro possessore possidet. Cui non obstat, quod dicitur petitione hæreditatis teneri etiam, qui rem unam hæreditariam, licet minimam possidet, *l.* 9. *& seq. de hær. pet.* Nam qui vel unam rem hæreditariam pro hærede possidet, is totam hæreditatem & universi juris successionem sibi asserit. Consulte Cacheran. *decis.* 74. Est

4 & aliud remedium possessorium hæredibus propositum, sed scriptis tantùm, constitutione Justiniani, *l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.* quo ille, qui testamentum profert, non laborans conspicuo aliquo vitio, quale est cancellatio, item defectus testium, signorum, subscriptionis, auctoritate magistratus mittitur in possessionem rerum hæreditariarum, dilata tantisper inquisitione super vitiis occultioribus, puta falsitatis, injustæ exhæredationis, aut præteritionis. Succedenti autem ab intestato hoc remedium non datur: sed nec hæredi instituto testamento nuncupativo, nisi illud in scripturam, ut fieri assolet apud nos, redactum sit, aut petente hærede nuncupato publicatum: de quo Viglius *præd. d.l. ult.* Sichard. *ibi. n.*4. *&* 5. Menoch. *de adip. possess. rem.* 4. *n.* 648. *&* 726. Ant. Fab. *C. suo, ad eundem titul. defin.* 3. *&* 4. Christin. *vol.* 4. *decis.* 30.

5 *Interdictum, quod Salvianum*) Salvianum quoque interdictum adipiscendæ possessionis causa comparatum est. Ait Justinianus, hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, qua is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Existimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuisse non tantùm de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, sed etiam in ipsum colonum solum, ad hunc modum: *Quod tu illi pro mercede fundi oppignerasti, qua de re agitur, id illi restituas.* Unde adversus extraneum possessorem, licet titulum & causam à colono habentem, non nisi utile interdictum ex productione redditur, *l.* 1. *in pr. de interd. Salv.* Porro ex communi interpp. sententia latius hoc interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori, non modo adversus debitorem, qui oppigneravit, per *l.* 1. *C. de prec. & interd. Salv.* sed etiam contra quemlibet tertium ejus rei possessorem: quamquam adversus hunc probationem desiderant, nimirum non solùm rem obligatam esse, sed etiam in bonis debitoris, cùm obligaretur, fuisse. Ang. Jas. & alii in §. *Serviana.* 7. *sup. de act.* Wesemb. *par. de Salv. interd. num.* 2. Schneid. *hic. n.* 7. Fach. 8. *controv.* 92. & plerique etiam censent, prius excutiendum esse principalem debitorem, quàm adversus extraneum possessorem interdictum intentetur, *arg. Nov.* 4. *cap.* 2. Fachin. *ubi sup. cap.* 93. D. Tulden. *ad d. tit. C. n.* 2. Divortium à communi sententia facit D. Ant. Merenda 5. *cont.* 37. *& seq.* Affine huic interdicto remedium est actio Serviana; quæ ipsa primum locatori de rebus coloni pro pensione fundi obligatis proposita fuit, & postmodum ad alias causas & species pignoris per interpretationem producta, *d.* §. *Serviana.* 7. Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia est, cujus ante memini. Utilius est experiri interdicto, quàm actione Serviana. Nam interdicto, in quo de possessione momentaria tantùm agitur, ad adipiscendam possessionem sufficit probare, rem, de qua agitur, pignori obligatam fuisse; at in actione Serviana, quæ judicii petitorii est, hoc amplius probare creditor, contra tertium possessorem agens, debet, rem, quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cùm de pignore convenit, *l. & quæ.* 15. §. 1. *de pig. l. ante omnia.* 23. *de probat.* quod fusius à me explicatum sub *d.* §. *Serviana.* 7. Wesemb. *d. loc.* Menoch. *de adip. poss. rem.* 3. *n.* 8. *& seqq.*

Textus.

De interdictis retinendæ.

4. *Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta* uti possidetis *&* utrubi: *cùm ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, & ante quæratur, uter ex litigatoribus possideat, & uter petere debeat. Namque nisi antè exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius à possidente petat. Et quia longè commodius est & potius, possidere quàm petere; ideò plerumque & fere semper ingens extiti contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio, propter quam causam, cùm obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem* uti possidetis *de fundi vel ædium possessione contenditur*: utrubi

ve-

verò interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat: nam uti possidetis interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat; si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem: etiamsi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret. Utrubi *verò interdicto is vincebat, qui majore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exaquata est, ut ille vincat & in re soli, & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatæ tempore detinet.*

NOTÆ.

4. *Ab adversario*) Si verò alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, clam, aut precario, nihilominus prætor possessorem tuetur, *l. 1. §. ult. & l. seq. eod.* Et hoc est, quod dicitur etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere, *l. ult. de acq. poss.*

Majore parte anni) *L. un. utrubi.* retrorsum numerati. Paul. 5. *sent.* 6. εἰς τὸν πρὸ αὐτοῦ ἐνιαυτόν. Theophil. Majore autem parte anni possedisse quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit: si modo adversarius ejus aut paucioribus diebus, aut nullis possederit, *l. 156. de verb. sign.*

Utriusque interdicti potestas exæquata) *D. l. un. §. 1. utrubi.* quem locum apparet à Compositoribus interpolatum esse.

COMMENTARIUS.

1 *Actionem in rem institui non posse, nisi certus sit possessor: & quare?*
2 *Qui fieri possit, ut duo de possessione retinenda litigent, cùm duo in solidum eandem rem possidere nequeant?*
3 *An qui vindicare rem instituit, interdicto adhuc agere possit? & de judicii possessorii cum petitorio cumulatione.*
4 *Vetus differentia inter interdicta uti possidetis & utrubi: ejus differentiæ sublatio, tum quid hic jus Canonum, & mores hodierni?*

RETinendæ possessionis gratia ea interdicta comparata dicuntur, per quæ eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus. Cujus generis interdicta sunt *uti possidetis* & *utrubi.* Prius de rebus soli, posterius de rebus mobilibus, *l. 1. uti poss. l. un. de utrubi.* Utriusque causa olim nonnihil dissimilis: nunc & causa & vis eadem, ut si à rebus discesseris, quarum nomine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri possit: ut declaratur in calce hujus §.

De proprietate alicujus rei) Hæc interdicta locum habent, cùm de proprietate inter aliquos lis est, & quæritur, uter ex litigatoribus possideat, uter petere debeat, *l. 1. §. 3. uti poss.* ubi Ulp. ait, si inter litigatores contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tum ad hæc interdicta remittendos esse.

1 *Nisi exploratum fuerit, utrius possessio sit*) Actio in rem institui non potest, nisi certus sit possessor, *l. ordinarii 13. C. de rei vindic.* Nam, ut alibi demonstravimus, ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda sunt; à parte actoris dominium, à parte rei conventi possessio. Quamdiu igitur incertum est, quis possideat, & commodo possessionis frui debeat, judicio petitorio de proprietate locus esse non potest, *l. inter 62. de jud.* Ubi Ulp. scribit, inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri posse, quàm si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debere, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur. Sed qui fieri potest, ut 2 duo de retinenda possessione litigent, cùm duo in solidum eamdem rem possidere non possint? *l. 3. §. ex contrario 5. de acq. poss.* Nimirum accidere potest, ut duo in speciem videantur possidere, cùm tamen revera unus tantùm possideat. Varii enim sunt actus possessorii, & ex quibusdam eorum usurpatis plures sibi possessionem asserere possunt, ut proinde de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscendum, explorandumque, cujus causa potior sit. Alii respondent, absurdum non esse, ut etiam duo dicantur eamdem rem simul possidere, diverso tamen genere possessionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut alter justè, alter injuste, *l. 6. §. 1. de acq. poss. pr. l. 3. pr. uti possid.* Quæ & sententia Sabini fuit, *d. l. 3. §. 5. de acq. poss.* cujus vestigia cernimus in *l. 3. pr. uti poss. l. & habet 15. §. eum qui 4. de precar.* Cujac. 5. *obs.* 22.

Commodum possidenti in eo est) Possessoris multo melior, quàm petitoris conditio est: nam possessor non cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit necessitas probandi rem suam esse, atque in ea probatione cessante petitore res apud possessorem remanet, licet ipse nihil probaverit, *l. 2. C. de prob. l. ult. C. de rei vindic. l. 4. C. de edend. fac. l. 128. de reg. jur.* Quam ob causam ei, qui destinavit rem petere, hoc consilium dat Ju-

Jurisconsultus in *l. is qui* 24. *de rei vind.* ut videat, num aliquo interdicto nanci ci possit 3 possessionem, atque ita onus probationis in adversariorum derivare. Quid ergo, si quis non observato hoc consilio JCti rem vindicare instituerit, an ob id interdictum agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non posse, quasi consilium Jurisconsulti contempserit, & renuntiaverit possessioni. Contraria tamen sententia placuit: quoniam potius ex ignorantia & justo errore id factum præsumendum est, quàm animo renuntiandi possessioni aut interdicto, *l.* 12. §. 1. *de acq. poss.* Similiter qui rem vindicare cœpit, non censetur renuntiasse interdicto *unde vi. l. cum fundum* 18. §. 1. *de vi & de vi arm.* ubi expressè traditur, pendente judicio petitorio posse nihilominus interdicto agi: non sanè ut utrumque simul cumuletur, & una sententia terminetur, ut falsè multi existimaverunt, decepti, *d. l.* 12. §. 1. *& d. l.* 18. §. 1. sed ut interim dum de possessione cognoscitur, suspendatur & differatur judicium petitorium, *l. ordinarii* 13. *C. de rei vind. l.* 1. *C. de appell. l.* 3. *C. hoc tit.* quæ verissima præd. ll. sententia est, Joanni & Azoni jam olim probata, à quibus male major pars secessionem fecit. Et quamvis Bart. in *d. l.* 12. §. 1. aliique citati à Menoch. *de retin. poss. rem*, *n.* 511. *cum seqq.* & Nic. Tuld. *in annot. ad prax. civ.* Damhouderi *cap.* 45. *lib. B.* cum Martino *Glossatore*, excipiant interdictum *uti possidetis*, quod & ipsi propter contrarietatem cum judicio petitorio cumulari posse negant; plures tamen Petrum secuti contendunt, omne possessorium cum petitorio concurrere posse, vid. Menoch. *d. rem*, *n.* 539. *& seqq.* Nic. Tuld. *d. loc.* Fach. 8. *controv.* 6. Diod. Tuld. *comm. hic*, *c.* 3. *&* 4. Christin. *vol.* 4. *decis.* 130. *n.* 3. *& seqq.* convenit *cap. cum dilectus* 6. *x. de caus. poss. & prop.* & hanc sententiam usu receptam tradit Christin. *d. loc.* quamquam non in omnibus tribunalibus, vid. Papon. *lib.* 8. *tit.* 12. *arrest.* 4. Charond. 4. *resp.* 28. Nos hanc quæstionem plenissimè excussimus *lib.* 2. *select. quæst. c.* 39.

Quorum vis ac potestas plurimam differentiam) Nam alia conditione proponebatur interdictum *uti possidetis* ei, qui rem soli possideret; alia *utrubi* ei, qui possideret rem mobilem. *Uti possidetis* ad præsens tempus referebatur, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* id est, interdicti redditi, hoc modo: *Uti eas ædes, quibus de agitur, possidetis, &c. l.* 1. *in pr. uti possid.* & videtur huic interdicto adjecta fuisse particula *nunc. Uti nunc possidetis eas ædes, &c. l.* 3. §. *Labeo* 6. *eod.* ad quem modum etiam formulam edicti concepram apud Ælium Gallum Festus prodidit in verb. *possessio. Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, &c. Utrubi* verò in præteritum referebatur: *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, &c.* His jam consequens erat, ut interdicto *uti possidetis* is vinceret, qui interdicti tempore possidebat: *Utrubi* is, qui majore parte anni possedebat; quod explicatur in *l. majore* 156. *de verb. sign.* add. Paul. 5. *sent.* 6.

Nec vi, nec clam, nec precario ab adversario) 4 *L.* 1. *& pass. uti possid. l.* 1. *C. eod.* His autem verbis excluditur vitiosa possessio, non quævis, sed quæ vitiosè, id est, vel vi, vel clam, vel precario ab adversario obtinetur: nam si alter non ab altero, sed ab extraneo possidear, licet vi, aut clam, aut precario, nihilominus prætor possessorem tuetur, *l.* 1. §. *ult. & l. seq. eod.* Et hoc est, quod dicitur in *l. ultim. de acq. poss.* etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere. Vinn. Ad hæc possessionis vitia vel maximè attendebat prætor. Hinc ubi apud Terent. *Eunuch. act.* 2. *scen.* 3. Chærea ait, *Hanc tu mihi vel vi, vel clam, vel precario fac tradas*: eleganter addit Donatus: *Secundum jus loquutus est. Nam his tribus mala fide aliquid possidetur.* Hein.

Utriusque interdicti potestas exæquata est) Justiniani tempore utriusque interdicti eadem vis ac potestas erat, ut is utroque vinceret, id est, ei possessio interim adjudicaretur, qui tempore litis contestatæ sine vitio ab adversario possidebat, ut hic declarant Compositores, à quibus probabile est interpolatum esse responsum Ulpiani in *l. un.* §. 1. *de utrubi.* Jure autem Canonico aliud observatur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis obtinendam non sufficit possidere tempore litis contestatæ, sed is obtinet, eique adjudicatur possessio, qui antiquiorem possessionem probaverit tanquam qui justiorem possessionis causam habeat, *c. licet.* 9. *x. de probat.* Eoque jure nunc fere utimur, ut post alios testantur Damhoud. *prax. civ.* 34. Menoch. *de retin. poss. rem.* 3. *n.* 714. *& seqq.* Wesemb. *par. uti. poss. n.* 5. & eleganter in *not. ad* Schneid. *in* §. *pen. hoc tit.* D. Tulden. *comm. hic*, *cap.* 3. Quod si æquè obscura sint utriusque litigatoris jura, ut judici non appareat, uter possideat, possessio sequestrari solet. Schneid. *ad d.* §. *pen. n.* 6. & ibi Wesemb. *in not.* Ant. Fab. *C. sui. lib.* 8. *tit.* 3. *defin.* 1. Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod pragmatici *maintenue*, seu manutenentiam vocant, contendentes, petere, ut interim dum de principali lite possessionis cognoscitur, sibi *recreden-*

dentia adjudicetur, id est, momentanea fiduciaria possessio. Covar. *pr. q.* 17. Aufrer. *in styl. Parlam. tit. de caus. novit.* Masfuer. *in pract. titul. de possess.* Ant. Fab. *C. sui. lib.* 8. *tit.* 4. *defin.* 1. Formulam conclusionis habes apud Merulam *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *titul.* 1. *cap.* 2. *n.* 7. In multis locis duplici possessorio retinendæ utuntur: quorum alterum plenarium vocant, quoniam plena in eo super possessione cognitio adhibetur; alterum summarium, & summarissimum, quia in hoc tantùm summatim judex cognoscit, uter possideat, quo tempore lis movetur. Vid. Gail. 1. *observ.* 5. *& 2. seqq.* Menoc. *retin. poss. rem. ultim.* Fachin. 8. *controv.* 15. Christin. *vol.* 4. *decis.* 142. *n.* 7. *& seqq.* VINN. Et hoc possessorium summarissimum male vulgo comparant interdicto *uti possidetis*, quum tamen in illo non ut in hoc disceptetur de qualitate possessionis, *vi* ne quis possideat, an clam, an precario, sed tantùm quæratur, quis jam in præsenti possideat? HEIN.

TEXTUS.
De retinenda vel acquirenda possessione.

5. *Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit: qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem placet: id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius; tamen si non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde decesserit, retinere possessionem videntur. Adipisci verò possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est, quin animò solo adipisci possessionem nemo possit.*

NOTÆ.

5. *Deposuerit aut commodaverit*) Item per procuratorem, hospitem amicum, *l.* 3. §. 12. *l.* 9. *& seq. l.* 30. §. 6. *& seqq. d. tit.* per fructuarium, *l.* 6. §. 2. *de prec.* sed hic propter jus, quod in re habet, in interdictis *uti possidetis*, & *unde vi* pro possessore habetur, *l. ult. uti poss. l.* 3. §. 13. *& seq. de vi, & de vi arm.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid propriè sit possidere: & cur etiam fructuario interdicta retinendæ possessionis accommodentur?*
2 *Vetus controversia circa retentionem & amissionem possessionis: quæ à Justiniano sublata.*
3 *Etiam solo animo possessionem retineri: & quamdiu?*
4 *Indicatur & refutatur insignis DD. error.*
5 *Dejectum non posse interdicto retinendæ agere: qui agit, quid probare debeat?*
6 *Ad possessionem acquirendam opus esse & animo acquirendi & simul actu aliquo corporali.*
7 *Amitti possessionem etiam nobis invitis, idque plurifariam.*
8 *Volentibus nobis amitti etiam solo animo.*

QUoniam superiora interdicta solum tuentur possessorem, nec magis ei competunt, qui possessionem semel quæsitam amisit, quam ei, qui numquam possedit, ideo Justinianus hoc loco obiter ostendere voluit, quis intelligatur possidere, quomodo possessio acquiratur, acquisita quomodo retineatur.

1 *Non solùm si ipse possideat, sed si ejus nomine*) Possidere auctore Theoph. §. *propen. sup. per quas pers. cuiq. acq.* est animo & affectu dominantis, ψυχῇ δεσπόζοντος, rem tenere. Itaque qui alieno nomine in possessione sunt, huc non pertinent, veluti conductor, commodatarius, depositarius, procurator, amicus, hospes, *l.* 3. §. 12. *l.* 9. *& seq. l. qui universas.* 30. §. *quod per colonum.* 5. *& seqq. de acq. poss. l.* 6. §. 2. *de precar.* Atque ex eo intelligimus, si hi controversiam possessionis patiantur, interdicto ad retinendam possessionem experiri non posse, *l.* 3. §. *creditores.* 8. *uti possid.* vid. tamen Menoch. *retin. poss. rem ult.* Joan. à Sande *lib.* 5. *tit.* 4. *defin.* 2. Fructuarius quoque non magis possidet, quàm superiores, §. 4. *vers. idem placet. sup. per quas pers. cuiq. acq. d. l.* 6. §. 2. *de precar.* Placuit tamen, inter fructuarios interdictum *uti possidetis* reddendum, itemque inter fructuarium, eumque, qui sibi usum defendat, *l. ult. uti possid.* Sed non est novum, ut fructuario propter jus, quod in re habet, plus tribuatur, quàm aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter teneant. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum unde vi, *l.* 3. §. *unde vi.* 13. *& seq. de vi & de vi argum.* quod argumentum est, eum, licet non possideat, tamen pro possessore in his interdictis haberi, quamdiu usufructus perseverat. Cujac. 9. *obs.* 33. Don. *d. l. un. C. uti poss. n.* 5. Joan. à Sande *d. defin.* 2. In summa verò, possessionis parum interest, utrum quis justè, an injustè possideat, *l.* 3. §. *ex contrario* 5. *de acq. poss.* nam & possessori injusto interdicta retinendæ possessionis dantur,

tur, modo ne injustè posideat ab adversario, *l. 1. §. ult. & l. seq. uti possid.*

In possessione sit) Rectè *in possessione*. Nam aliud longè est posidere, aliud in possessione esse, *l. 10. §. 1. de acq. poss.* sicut aliud est servire, aliud in servitute esse, *§. ult. sup. de ingen.* is posidet, cujus nomine posidetur: qui autem in possessione sunt, alienæ possessioni præstant ministerium, *l. quod meo. 18. pr. de acq. poss.*

Retinere possessionem posse aliquem per quemlibet) Per eos, qui nostro nomine in possessione sunt, puta per servum, colonum, inquilinum, procuratorem, &c. possessio nobis retineri potest. Sed nec illis vita decedentibus possessio amittitur, inque eo veteres omnes

2 consentiunt. Hoc amplius Proculus putabat, etiamsi sponte è possessione discessissent, videlicet animo eam derelinquendi, nihilominus possessionem à nobis retineri, *l. cum quis. 31. de dol. mal.* Sabinus contra, spontanea illa discessione interpellari. Sabini sententiam secutus est Africanus, *l. si de eo. 40. §. 1. de acq. poss.* sententiam Proculi Paulus *l. 3. §. si quis. 8. eod.* Cæterum si alii possessionem tradiderint, possessionem amitti etiam Paulus concedit, *d. l. 3. §. sed etsi. 9.* quod & apud Julianum relatum est, *l. non solum. 33. §. qui pignori. 4. de usuc.* Papinianus hoc amplius, discessu eorum possessionem amitti, si alius eam ingressus fuerit, *l. peregre. 44. §. ult. de acq. poss.* Hanc autem veterum controversiam sustulit Justinianus *l. ult. C. eod.* ubi generaliter constituit, ut sive dereliquerint possessionem, & alius eam occupaverit, sive possessionem alii prodiderint, nihil penitus ex ea re præjudicii dominis generetur. Et quamquam recentiores nonnulli, ut Cujac. *par. C. eod.* Don. *5. comm. 12.* Ant. Fab. *dec. 4. err. 2. & seq.* existimant, constitutionem illam non pertinere ad casum, quo in possessione relictus alii eam tradit, quorum sententiam aliquando in judicando secuta est Curia Provincialis Frisiæ, teste D. Joan. à Sande *lib. 5. tit. 4. defin. 1.* verius tamen esse, quod his constitutionibus verbis, *vel alii prodiderit*, tradens æquè ac deserens comprehendatur, evincit ratio, quæ mox subjicitur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Quomodo & vulgo interpretes, quos laudat & sequitur Menoch. *rec. poss. rem. 14. n. 17. & seqq.* Eleganter D. Joan. Decker. *lib. 1. diss. 3. n. 25.* Illud constat, possessionem amitti, si in possessione relicti vi dejecti fuerint, *l. 1. §. quod servus. 22. unde vi.*

3 *Animo solo retineri possessionem*) Etiam solo animo retineri possessio potest, *l. 4. C. de acq. poss.* Itaque licet corpore quis è fundo exierit, quamdiu animus amnittendæ possessionis abest, possessio rebus integris retinetur, *l. 3. §. sed etsi. 7. & seqq. l. 6. in fin. eod.* quamvis neque servum, neque colonum, &c. in fundo reliquerit, *l. peregre. 44. §. ult. eod.* idque ex jure possessio mutuata est, ut pleraque alia, *l. possessio. 49. eod.* & utilitatis causa receptum, ne testudinis more perpetuo dominus continete, aut possessionem amittere cogamur. Enim verò quod dicitur, animo solo possessionem retineri id ita temperandum est, si facultas nobis relicta sit, eam, cùm velimus, iterum corpore apprehendendi: ea autem facultate sublata etiam inviti posidere desinimus, *d. l. 3. §. Nerva. 13.*

4 Hic autem locus occasionem Doctoribus præbuit, ut eum, qui discessit, civilem tantùm possessionem retinere, non autem naturalem, existimaverint, sed hanc demum iterum ingresso acquiri. Falso ut mihi videtur. Nam hoc posito, necessario sequitur; eum qui è fundo egreditur, priorem possessionem non retinere, sed ea amissa novam acquirere, & mox egressum hac iterum amissa recuperare priorem. Quod sanè à ratione nimis alienum est. Neque possessio, quæ corpore tenetur, & ea, quæ animo, sunt duæ diversæ species possessionum, sed una & eadem possessio: unde & in proposito numquam nova acquiri dicitur, sed prior retineri. Tantùm modus tenendi & posidendi diversus est alius jure, alius corpore consistens, *l. nemo. 10. C. de acq. poss.*

5 Illud à vero abest quàm longissimè, quod quidam asserunt, civilem, quam vocant, possessionem retineri, ejusque beneficio interdictum *uti posidetis* competere, etiamsi ab alio possessio vi occupata sit. Covar. *pract. q. 17. n. 5.* & alii citati apud Christin. *vol. 4. decis. 142. n. 4.* Nam possessio planè amissa intelligitur, quæ nobis dejectis aut repulsis vi ab alio occupata est, *l. 6. §. 1. l. 25. §. ult. de acq. poss.* Neque hic animus ad retinendam possessionem sufficit: quoniam ut maximè velimus, eam repetere non possumus, *d. l. 3. §. Nerva. 13. eod.* Et ergo si dejectus nullam prorsus possessionem habet aut retinet, nec retinendæ possessionis remedio juvari potest: sed necessarium ei erit interdictum *unde vi*, quod possessionis recuperandæ causa comparatum est. Cæterum si vetere possessore non dejecto, & in possessione adhuc manente, possessio ei minuatur vel turbetur, seu vis ei fiat, quominus uti posidet jure, ita planè posideat, tunc locus

est interdicto *uti possidetis*. Vid. Joan. Fab. *ad praec.* §. Menoch. *rem ult. retin. poss. n.* 17. Christin. *d. decis. n.* 6. ubi refert, non semel supremam Curiam Mechliniensem censuisse, possessorem actualem esse oportere, qui interdicto *uti possidetis* experiri cogitur. In summa, qui agit interdicto retinendae possessionis, duo probare debet, possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte adversarii. Turbationem, inquam, non spoliationem: quia si se diceret spoliatum, sibi esset contrarius, ob idque repellendus, & interdicto recuperandae, non retinendae possessionis, agere deberet. Ant. Fab. *lib.* 8. *C. sui. tit.* 4. *defin.* 8.

Secundo libro exposuimus) *Tit. per quas pers. cuiq. acq.* ubi docuit, non solùm per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus, non minus possessionem nobis acquiri, quàm proprietatem: adeoque possessionem per extraneam quoque personam, veluti per procuratorem nobis acquiri posse: quod singulare est, & utilitatis causa receptum, *l.* 1. *l.* 8. *C. de acq. poss.*

6 *Animo solo adipisci possessionem nemo possit*) Acquisitio possessionis consistit in apprensione rei, conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, *d. l.* 1. §. 3. *de acq. poss.* Itaque nec animus solus ad eam acquirendam sufficit, nec solo corpore acquiri sine affectione tenendi potest: sed utrumque hic concurrat necesse est, & animus acquirendi, simul actus aliquis corporalis, *l.* 1. §. 1. & 3. *l.* 8. *cum haeredes* 23. *eod.* Etsi autem necesse non est ut opera manuum aut pedum semper interveniat; quae quidem ratio acquirendae possessionis maximè naturalis est, & necessaria in iis rebus, quae ab aliis nobis traduntur, *d. l.* 1. §. 1. *d. l.* 3. §. 3. *d. l.* 23. *eod.* semper tamen requiritur actus aliquis praeter animum possidendi, qui vice corporalis apprehensionis fungatur, *d. l.* 1. §. *pen. l. quod meo.* 18. §. 2. *l. quarumdam.* 51. *eod l.* 9. §. *item si* 6. *de acq. rer. dom. l.* 1. *C. de donat.* Falluntur enim, qui hujusmodi casus à regula exceptos putant, quasi hic nullo animo citra ullum actum corporalem possessio acquiratur, quamvis ita fere loquantur Jurisconsulti in *d. l.* 1. §. *pen.* & *d. l.* 51. Sed illi cùm ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis, sed dumtaxat crassiorem illam apprehensionem, quae manuum aut pedum opera interveniente fit. Cur igitur placet, possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quaesita etiam jus possidenti parit, quo retento possessio quoque retinetur. At acquisitio possessionis tota pene facti est. Sed & alias quod semel acquisitum est, facilius retinetur, quàm initio quid acquiritur. Animo possessionem acquirere non possumus, nisi nostro: quippe ut nos velimus, in aliis esse non potest. At corpore etiam alieno, *d. l.* 3. §. *caeterum.* 12. *d. l. quod meo.* 18. *de acq. poss. l. ea quae* 53. *de acq.* quoniam iis, quae corporis ministerio geruntur, nihil interest, nostro corpore, an alieno utamur. Amittendae possessionis alia 7 ratio est: nam non solùm volentibus, sed etiam invitis nobis possessio amittitur, & invitis plurifariam; veluti si res commercio exempta sit, aut in aliam speciem transformata, *l. qui universas.* 30. §. 1. & 4. *de acq. poss.* si amplius, cùm velimus, naturalem ejus possessionem nancisci non possumus, *l.* 3. §. *quod Nerva.* 13. *eod.* si locum possessum flumen aut mare occupaverit, *d. l.* 3. §. *Labeo.* 17. si praedones praedium invaserint, quos nos dejiciant, ut redeuntes repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus, *tot. tit. unde vi. l.* 3. §. *si quis.* 8. *l.* 6. *in fin. l. si id quod.* 25. §. *ult. de acq. poss.* si furto aut rapina res mobilis ablata sit, *l.* 15. si in flumen deciderit, ut mergeretur, *l.* 13. *eod.* Volentibus autem nobis uno tantùm modo possessio amittitur, nempe si hoc animo simus, ut nolimus possidere: idque etiam procedit, quamvis corpore, verbi causa, in fundo maneamus, ut constanter à veteribus traditum est *l.* 3. §. *in amittenda* 6. *l. si quis.* 17. §. 1. & *l. seq. l. peregre* 44. §. 2. *eod.* Neque obstat huic sententiae, quod Paulus scribit, possessionem non amitti nisi eo modo, quo acquiritur, seu non amitti nisi animo & corpore, *l.* 8. *eod. l. fere.* 153. *de reg. jur.* Nam & qui in fundo adhuc manens constituit nolle possidere, is non animo tantùm, sed ob defunctum animi corpore quoque possidere desinit: neque enim dici potest, corpus possidere remoto animo, in quo solo est affectio tenendi. Itaque in amittenda possessione, quod quidem volentibus nobis fiat, semper utrumque in contrarium agitur. Duar. *ad d. l.* 3. §. *in amittenda.* 6. Donell. *lib.* 5. *comm. cap.* 13.

TEXTUS.

De interdicto recuperandae & affinibus remediis.

6. *Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi dejectus fuerat. Nam ei proponitur interdictum* unde vi: *per quod is, qui dejecit, cogitur ei restitue-*

tuere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, clam, vel precario possideat. Sed ex constitutionibus sacris (ut supra diximus) si quis rem per vim occupaverit, siquidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur : si aliena, post ejus restitutionem etiam aestimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis vim fecerit : sin autem armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solùm scuta & gladios & galeas, sed & fustes & lapides significari intelligimus.

NOTÆ.

6. *Fundi vel ædium*) Hoc interdictum ad res mobiles non pertinet, cùm eo casu sufficiat actio furti aut vi bon. raptorum, *l. 1. §. 3. & seq. de vi & de vi arm.* quamquam lege Attica pertinebat, ut scribit Suidas in ἐξέλης. 2. & jure Romano ad eas quoque res mobiles pertinet, quas quis eo in loco, unde dejectus est, habuit, *l. 1. pr. §. 32. & seqq. l. pen. d. tit.*

Ex sacris constitutionibus) *L. 5. l. 7. C. unde vi.* vid. *sup. §. 1. de vi bon. rapt.*

Tenetur lege Julia, &c.) *L. 1. §. 2. de vi & de vi arm. l. 3. §. 2. de vi publ. l. 5. de vi priv.* De pœna harum legum est in *§. 8. inf. de publ. jud.*

Sin autem armis) Vis armata ideo publica habetur, quod solius reip. est armis uti.

COMMENTARIUS.

1 *Interdictum* unde vi, *quibus, quorum rerum nomine detur?*
2 *Dejici quis intelligatur?*
3 *Etiam fructuario & usuario hoc interdictum dari.*
4 *Quibus quo casu ex constitutione Constantini detur?*
5 *In hoc interdicto vincere etiam eum, qui clam, vi, vel precario ab adversario possidet. Licere autem dejicientem in continenti rursum dejicere. Vestigium juris veteris apud Paulum.*
6 *Quatenus Canones hoc interdictum extenderunt: & de remedio* can. redintegrandæ *: tum quomodo hic apud Batavos procedatur?*
7 *Pœna invasionis ex sacris constitutionibus, & legibus Juliis.*

AD recuperandam possessionem *unde vi* interdictum proditum est ei, qui vi de possessione dejectus est, quod fusè declaratur ab Ulp. *l. 1. & l. 3. de vi, & de vi arm.* Perti- 1 net autem hoc interdictum ad eos tantùm, qui de fundo & ædibus dejiciuntur : ad rerum verò mobilium possessionem recuperandam non pertinet : quoniam hic sufficit actio furti ut vi bonorum raptorum, *d. l. 1. §. 5. & seqq.* Idemque est, si quis de nave aut vehiculo dejiciatur, *d. l. 1. §. si quis 7.* Paul. *5. sent. 6.* videlicet si navis aut vehiculum simul abducatur : alias dejecto injuriarum dumtaxat actio datur. Planè de rebus mobilibus, quas quis eo in loco, unde vi dejectus est, tunc cùm dejiceretur, habuit, placet, etiam hoc interdictum reddi : quia verùm est vi de eo loco dejectum esse, *l. 1. pr. §. si fundus 32. & seqq. l. pen. eod.* Et quoniam difficulter à dejecto probari potest, quæ & cujus æstimationis res direptæ, & deperditæ fuerint, cautum est, ut ei de qualitate & æstimatione earum rerum juranti fides habeatur, hoc adjecto, ne liceat ei jurare ultra taxationem factam à judice, qui rectè facturus sit, si prius quàm jusjurandum deferat, pro personarum & negotii qualitate modum statuat, quem jurando non liceat excedere, *l. si quando 9. C. eod.* Hoc interdicto ex constitutione Justiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuam possessionem sciens occupavit, *l. ult. C. eod.* cùm jure veteri non aliter hoc casu interdicto locus esset, quàm si reversus dominus ab ingressu prædii prohiberetur, *l. 6. in fin. de acq. possess. d. l. 1. §. sive autem 34. unde vi.* Don. *ad d. l. ult. num. 8.* D. Tuld. *ad eumd. tit. C. num. 4.* Menoch. *recup. poss. rem 3.*

Dejectus fuerit) Dejici intelligitur is solus, 2 qui possidet : unde & huic soli interdictum *unde vi*, competit, *d. l. 1. §. non alii 45. unde vi.* Et ideò si colonus, inquilinus, procurator, hospes, aut alius, qui nostro nomine in possessione est, dejectus sit, interdicto nos soli experiemur. Nam ut isti non possident, sed nos per eos possidemus ; sic iis dejectis, non ipsi dejecti intelliguntur, sed nos, qui per eos possidebamus, *d. l. 1. §. quod servus 22. l. ult. eod.* Planè fructuario & usuario 3 etiam hoc interdictum datur, licet & ipsi non magis, quàm superiores possideant, *l. 3. §. unde 13. & seqq. eod.* Sed his plus tribui solet, quia emolumentum rei suo jure percipiunt quàm aliis, qui possessores non sunt, ut demonstratum *§. præc.* Constantinus autem, dum 4 vult reprimere eorum audaciam, qui absentia dominorum confidentiores facti dejiciunt eos, qui absentis nomine in possessione sunt, spe impunitatis sibi proposita, eo quod neque dominus absens subvenire poterat, neque dejecti interdicto agere, ultro omnibus, qui absentis nomine in possessione fuerunt, & inde dejecti sunt, hoc interdicto sive actione ad possessionem recuperandam nomine domini ab-

absentis experiri permisit; & quidem nullo expectato domini mandato: cui nihilominus actiones suas integras conservavit, *l. 1. C. si per vim vel alium mod. poss.* add. Menoch. *recup. poss. rem 6.*

Cogitur restituere possessionem) Et præter possessionem occupatam fructus quoque omnemque utilitatem, quæ ad eum, qui dejectus est, venire potuisset, si dejectus non foret, *d. l.* §. *ex die* 40. *& seq. l. si vi me* 15. *unde vi, l.* 4. *C. eod.*

Licet is ab eo, qui vi dejecerit) In interdicto *uti possidetis* succumbit, qui ab adversario vel 5 vi, vel clam, vel precario possidet, §. *retinendæ* 4. *sup. eod.* In interdicto autem *unde vi* etiam ille vincit. Nimirum in hoc interdicto visum est, dejectum statim & sine exceptione restituendum esse, ne occasio detur tumultus. Enimvero qui dejectus, non ex intervallo, sed in continenti & fervente adhuc congressu dejicientem rursus dejecit, is non tenetur hoc interdicto: quia quod licet, vim vi repulit, *l.* 3. §. *eum* 9. *eod.* ac proinde possessio in pristinam causam potius reversa, quàm ille vi possidere intelligendus est, *l. qui possessionem* 17. *eod.* Cujac. Hotom. *hic*, Duar. 1. *disp.* 20. id, quod hic Justinianus ait, referunt ad vim armatam seu publicam: nam quod ad vim privatam seu quotidianam attinet, existimant, posse me hac vi adhibita, eum, qui à me vi, clam, vel precario possidet, impunè etiam ex intervallo dejicere: idque Paulum *lib.* 5. *sent.* 6. significare his verbis: *Qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur.* Sed hoc parum convenit menti Justiniani: & hodie sic obtinet auctoritate hujus textus, ut indistinctè vincat hoc interdicto, qui vi quacumque à quocumque dejectus est, teste D. Menoch. *recup. poss. rem* 1. *n.* 7. Jure civili hoc interdicto tantùm tenetur, qui dejecit, non alius, qui rem postea possidere cœpit, 6 *l.* 7. *unde vi.* Canones autem id ostenderunt etiam adversus tertium spolii possessorem, dummodo sciat vim factam esse: quoniam hoc ipso se socium delicti facit, *cap. sæpè* 18. *de rest. spol.* Qui autem bona fide & justo titulo possessionem nactus est, non tenetur, Menoch. *recup. poss. rem* 15. *q.* 13. Idem Canones & pinguis remedium possessionis recuperandæ introduxerunt, *can. redintegrandæ* 3. *quæst.* 1. nempe etiam rei mobilis per vim amissæ. Quod hodie frequens est, & in foro quoque sæculari obtinet. De quo vide Menoc. *d. rem.* Gail. 2. *obs.* 75. Myns. 3. *obs.* 85. Cacheran. *dec.* 93. Ant. Fab. *C. sui, lib.* 8. *tit.* 3. *defin.* 1. *& pass.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 135. *n.* 17. *& seq. item decis.* 140. *n.* 4. *& seqq. & dec. seq. n.* 4. *& deinceps.* Quomodo apud nos procedatur in causa interdicti *unde vi* sive *complainctie*, ut vocant, docet Merula *lib.* 4. *distinct.* 4. *sect.* 1. *tit.* 3. *cap.* 5. *& sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *ex Instruct. Cur. Holland. art.* 39. *&* 3. *seqq.*

Ex sacris constitutionibus) Qui violenter pos- 7 sessionem rei apud alium constitutam invasit, is non tantùm tenetur interdicto *unde vi*, sed alias etiam pœnas sustinet: tum ex sacris constitutionibus, tum ex legibus Juliis de vi publica & de vi privata. Constitutionibus hæc pœna invasori imponitur, ut si rei dominus est, dominium ejus amittat: si aliena est, cum re alterum tantùm vim passo restituat, *l.* 5. *l.* 7. *unde vi.* Eademque pœna postea placuit etiam mulctandos conductores cæterosque alienæ possessionis detentores, qui sine justa causa recusant rem restituere iis, á quibus acceperunt, in eaque recusatione perseverant, donec à judice condemnentur, *l. non abs re* 10. *C. eod.* de quo plura dixi *sup. ad pr. de locat.*

Ut supra diximus) §. 1. *vi bon. rapt.* ubi dicemus, eamdem quoque pœnam in rebus mobilibus vi ereptis locum habere. Genera quoque violentiæ distinximus, & qua quæque pœna coerceatur, tum à prætore, tum legibus & Principum constitutionibus, obiter notavimus *sub. rub. eod.*

Lege Julia de vi) Ne quid per vim admittatur, etiam legibus Juliis de vi publica & de vi privata prospectum est, *l.* 1. §. 2. *unde vi.* Lege Julia de vi publica tenetur, qui aliquem armis de possessione expulit, *l.* 3. §. 2. *de vi publ.* De vi privata, qui sine armis, *l.* 5. *de vi priv.* Vis armata ideo publica habetur, quod solius Reipubl. est armis uti. De pœna harum legum est in §. *item lex* 8. *infr. de publ. jud.*

Armorum appellatione) Vid. *l. armorum* 41. *de reb. sign. l. armatos* 9. *de vi publ. l.* 3. §. *unde vi* Ciceronem in Or. *pro Cæcinna.*

TEXTUS.

Divisio tertia.

7. *Tertia divisio interdictorum est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria. Nam actor is est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui: reus autem is est, à quo desideratur, ut restituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum prætor prohibet in loco sacro, vel in flumine publico, ripave ejus, aliquid fieri. Nam* ac-

actor est, qui desiderat, ne quid fiat: reus est, qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti uti possidetis *interdictum & utrubi. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est: nec quisquam praecipuè reus, vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quàm actoris partes sustinet.*

NOTÆ.

7. *Cùm prætor probibet in loco sacro, &c.*) Simplicia quoque sunt prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actuque, *d. l.* 2.

COMMENTARIUS.

1 *An dentur interdicta duplicia tam recuperandæ, quàm adipiscendæ possessionis?*

Tertia hæc divisio sumpta est à personis 1 litigantium. Quædam enim interdicta sunt, in quibus uterque litigator unam tantùm personam sustinet, nempe vel actoris vel rei: qualia sunt, in quibus prætor singulari numero utens unum tantùm alloquitur, veluti: *Unde vi tu illum dejecisti, eo illum restituas. Ne quid in loco sacro facias, inve eum locum immittas. Quem liberum dolo malo retines exbibeas.* Quædam in quibus uterque sustinet personam duplicem, & actoris scilicet & rei: qualia sunt, in quibus verba interdicti ad utrumque dirigit, veluti: *Uti possidetis, quominus ita possideatis*, &c. *Uti alter ab altero fruimini, quominus ita fruamini, l.* 1. *in pr. de superfic.* Hinc illa simplicia, hæc duplicia dicta sunt. Extat divisio apud Paulum, *l.* 2. *pr. h. t.*

Duplicia sunt, veluti uti possidetis, & utrubi) 2 Ejusdem generis interdictum est, quod de superficiebus proponitur, *l.* 1. *pr. &* §. 2. *de superfic.* Alibi hæc interdicta eodem sensu dicuntur mixta, *l. actionis* 37. §. 1. *de obl. & act.* Paulus, *l.* 2. *hoc tit. in fin.* scribit etiam esse quædam interdicta duplicia tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis. Sed Cujac. 4. *obs.* 11. negat, ullum hujusmodi interdictum dari. Quippe fieri non posse, ut qui simul agat, & ad possessionem jam primum adipiscendam, & ad amissam recuperandam: hæc enim repugnantia esse; ac proinde verba illa *tam recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis*, vel transferenda esse in *l. seq.* vel potius omnino expungenda. At enim illud fieri potest, ut idem interdictum accommodetur & ei, qui jam primum possessionem adipisci studet, & illi litem, qui de amissa recuperanda sollicitus est. Cujusmodi est interdictum, ne vis fiat ei, qui non in possessionem missus est. Nam hoc interdicto tenetur, & qui prohibuit aliquem in possessionem venire; & is, à quo quis possessione pulsus est, *l.* 1. §. 3. *illo tit.*

Par utrisque litigatoris conditio) Eum tamen actoris partes obtinere in his interdictis plerique censent, qui prior ad judicium provocavit, *arg. l. in tribus.* 13. *de judic.* idque non tantùm quoad litis ordinationem, sed etiam quoad litis definitionem, ac proinde non probante eo, qui provocavit, reum absolvi. DD. comm. in *d. l.* 13. Schneid. *hic. n.* 5. *& ibid. in not.* Wesem. Christin. *vol.* 4. *decis.* 142. *n.* 6.

TEXTUS.

De ordine & vetere exitu.

8. *De ordine & vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur, (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

NOTÆ.

8. *Qualia hodie omnia judicia*) Olim interdicta erant formulæ & conceptiones verborum. Hodie judicia omnia sunt extraordinaria, in quibus formularum conceptio observatur.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ judicia ordinaria, quæ extraordinaria olim dicta?*

Hic locus à me expositus est *sub pr. hujus tit.* Pro *exitu*, Hotomanno legendum videtur *ritu*; ut agendi, sive ut nunc loquuntur, procedendi formam intelligamus. Quod non placet: quia tunc bis idem diceret Imp. nam ordinis appellatione nihil aliud hic significatur, quàm ritus & modus procedendi. Igitur *de ordine*, id est, de ritu & conceptione formularum, *de exitu*, id est, de effectu. Sic exitus actionis, *l.* 10. §. 14. *quæ in fraud. cred.* exitur controversia possessionis, *l.* 35. *de acquir. possess.* Theoph. περὶ τῆς τάξεως καὶ τοῦ ἀποτελέσματος.

Qualia sunt hodie omnia judicia) Ait suo tempore judicia omnia extraordinaria fuisse. Ordinaria judicia dicebantur, in quibus ordine & more usitato veterum judiciorum his agebatur: quo more prætor aditus non ipse judicabat, sed quibusdam præparatoriis in jure apud eum tractatis, actionem & formulam dabat, missis porro litigatoribus ad judices pedaneos, qui de re cognoscerent & judicarent. Atque hoc idem etiam in interdictis observari solebat, *l.* 1. §. 2. *si ventr. nom.* Exceptæ

ceptæ erant quædam causæ, de quibus ipse prætor ex officio cognoscere debebat, quod quia præter morem judiciorum ordinarium fiebat, & ab ipso prætore, inde illæ causæ dictæ sunt prætoriæ & extraordinariæ, *tit. de extraord. cogn.* postquam autem vetus ille mos dandorum judicum sublatus est, magistratibusque injunctum, ut ipsi de causis cognoscant & judicent, *l.* 2. *C. de pedan. judic.* omnes actiones extraordinariæ dici cœperunt: 1 eoque sensu ac respectu puto Justinianum quoque hic dixisse, judicia omnia nunc extraordinaria esse. Alioqui certè postquam ordinarium esse cœpit, ut ipsi magistratus judicent, non possunt judicia, quæ à magistratibus exercentur, extraordinaria vocari, Rep. quæ scripsimus *ad princ. sup. de actionibus.* VINN. interdicta olim quidem erant extraordinaria judicia. Sed tamen, si jam interdixerat prætor, & adversarius negabat, rectè & jure interdictum esse, partes remittebantur ad jus ordinarium, & hinc recuperatores, vel judices dabantur, *l.* 1. §. 41. *ff. de vi & vi arm. l.* 3. §. *ult. ff. uti poss. l.* 3. §. 3. *de itin. & act. priv.* Cic. *pro Cacin. c.* 2. 8. & 17. Quintilian. *Inst. Orat. lib.* 7. *cap.* 5. *lib.* 12. *cap.* 10. Frontin. *de limit. agr. p.* 41. & *ibi* Agg. Urbic. HEIN.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.
DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

Continuatio.

Cognito jure tum actoris tum rei, non inconveniens Justiniano visum est, aliquid subjungere de pœna, qua coërcentur, qui eo jure abeuntes, vel temeritate & inconsiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, sive intendendo litem, sive excipiendo.

TEXTUS.
De pœnis in genere.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod & nobis studio est. Idque eo maximè fieri potest, quod temeritas tam agentium, quàm eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamia metu coerceatur.

NOTÆ.

Qui jura sustinebant) Id est, legumlatores, magistratus, jurisperiti, *l.* 21. *de reb. cred. l.* 13. *C. de jud. c.* 2. *x.* *de sent. & re jud.* Suet. *in Vesp. cap.* 10.

Modo pecuniaria pœna) Reus in iis causis, quæ inficiando crescunt, §. 19. 23. & 26. *sup. de act.* actor pœna plus petitionis, §. 33. *sup. d. tit.*

Infamiæ metu) Ut in judiciis famosis, §. 2. *inf. eod.* Sed & φιλοδίκους infamia sequebatur apud Cyrenæos, Heraclid. *de polit.* Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Causæ litium præcidendæ: lites exortæ statim sopiendæ: temere litigantes coercendi.*

Legislatorem, auctore Platone, in id unicè incumbere oportet, ut civitatem, quod fieri potest, redigat quasi ad unitatem, hoc est, ad concordiam & unanimitatem. Itaque cùm nulla sit res, quæ concordiam & civium inter se consensum magis turbat, quàm litium multitudo & frequentia, danda opera est, non tantùm ut causæ litium præcidantur, lites exortæ confestim dirimantur: cujus rei ut in legibus ferendis rationem haberet, regem suum monuit Isocrates; sed etiam ut à litigando homines deterrantur, & pœnarum criminatione tam temere litigantium confidentia quàm improbè calumniantium malitia compescatur. In hunc finem quoque instituta fuerunt sponsiones illæ, quibus litigatores se mutuo provocabantur, *in verum bonamque causam haberent*; quarum frequens mentio apud Ciceronem, tum etiam sacramenta, bonæ fidei & causæ pignora, inter quæ & sponsiones quid intersit, ex Varrone, Festo, Asconio docet Hotomannus *in Quintiana.*

Modo pecuniaria pœna) Temeritatis litigandi, & multa pecuniaria, & jurisjurandi & infamiæ metu coercetur. Multam intelligit, si reos spectemus in iis causis, quæ inficiando crescunt, quales sunt, damni injuria dati, depositi miserabilis piorum legatorum. Si actores, pœnam plus petitionis, de qua explicatum sub §. *si quis. agens.* 33. *sup. de action.* Jusjurandum autem calumniæ significat, de quo mox dicetur. Infamiæ metu terret litigatores improbos, διότι τὸ μὲν ἀτιμωθῆναι τινα καὶ στερηθῆναι τοῦ καλῶς πολιτεύεσθαι, ὅτι χαλεπώς, μέγα καὶ φοβερόν. Theod. Hermop.

ad

ad l. 104. *de reg. jur.* Intelligit autem infamiam ex judiciis famosis. De quibus explicabit inferius §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

De jurejurando & pœna pecuniaria.

1. *Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit, quod putans se bona instantia uti ad contradicendum pervenit. At adversus inficiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur; veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quàm simpli est actio, veluti furti manifesti, quadrupli, nec manifesti, dupli. Nam ex his & aliis quibusdam causis, sive quis neget, sive fateatur, pluris quàm simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione, quod non calumniandi animo litem movisset, sed existimando, se bonam causam habere. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt: quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actoris multabat; quod nusquam factum esse invenimus; sed pro his introductum est & præfatum jusjurandum, & ut improbus litigator & damnum & impensas litis inferre adversario suo cogatur.*

NOTÆ.

1. *Constitutione nostra*) Extat in *l.* 2. *C. de jurejur. prop. calum. dand.*

Putans se bona instantia uti) Id est, reus jurat, se δικαίας νομίζειν τὴν ἀντίρρησιν εἶναι τῆς δίκης. *Nov.* 49. *cap. ult.* §. 1. Est igitur instantia, sive ἔνστασις, defensio, seu contradictio rei. Instare, ἐνίστασθαι, contradicere, ἀντιλέγειν. Theoph.

Vel tripli) Theoph. εἰς τὸ τετραπλοῦν, *in quadruplum.* Sed hæc verba *vel tripli*, & apud Theoph. εἰς τὸ τετρ. expungenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli vel quadrupli actio est. Cujac. Hotoman. Fabrot.

Actoris quoque calumnia) Jura actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet se bonam causam habere, *d. l.* 2. *C. de jur. propt. cal.* Hinc apparet, hoc genus jurisjurandi magis esse opinionis quàm assertionis: nec perjurum dici posse, qui non obtinuit.

COMMENTARIUS.

1 *Jusjurandum calumniæ à Justiniano revocatum qui præstent, & quale id sit?*
2 *Jusjurandum advocatorum & procuratorum in singulis causis.*
3 *Victum in lite etiam in impensas & damna condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit; & damnandum, etiamsi hæc nominatim petita non fuerint.*
4 *Mores hodierni circa superiora omnia.*

Jusjurandum calumniæ, quod apud veteres usurpatum, *l. inter coheredes.* 44. §. *qui familiæ.* 4. *fam. erc.* in desuetudinem postea abiisse videtur, Justinianus revocavit, *l.* 2. *l.* 6. *de jurej. propt. cal. dand.* ubi sancit, ut uterque litigantium in exordio litis juret; primum actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet, se bonam causam habere: deinde reus, se non dolo malo, aut negotii facessendi causa actori contradicere, sed quod putet, se bona instantia uti, & juste ad inficias ire. *Nov.* 49. *cap. ult.* §. 1. ubi jubetur reus jurare, se δικαίας νομίζειν τὴν ἀντίρρησιν εἶναι τῆς δίκης. Unde apparet, hoc jusjurandum magis esse opinionis, quàm assertionis, nec perjurum dici posse, qui non obtinuit. Perez. *ad d. tit. C. n.* 3. Ex constitutionibus novellis jurant pariter ambo nihil se prorsus differendi vel corrumpendi judicii causa fecisse facturosve esse, *Nov.* 49. *auth. hoc Sacramentum, & auth. in isto. C. eod. Nov.* 124. *c.* 1. *auth. Principales. C. eod.* Pro iis, qui in tutela aut curatione sunt, jurant tutores curatoresve, non pupilli aliive, quorum res geritur. Idemque obtinet & in cæteris rerum alienarum legitimis administrationibus, *d. l.* 2. §. 2. *& seq.* junct. *d. auth. principales.* Jurandum autem est apud judicem, qui de causa cognoscit. Cæterum si vel personæ dignitas, vel sexus verecundia, vel morbus non patiatur litigatorem ad tribunal venire, mittitur aliquis, qui juramentum domi litigantis excipiat, præsente adversario ejusve procuratore, *d. Nov.* 124. *c.* 1. *d. l.* 2. §. 1. *C. eod.* Jure pontificio etiam permissum est, per procuratorem in animam domini jurari; ad quod tamen speciale mandatum exigitur, *c. cùm causam.* 6. *de jur. calum. c.* 3. §. *pen. & ult. eod. in* 6. & hoc modo frequentius nomine absentium jurari solet. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. noviss. cap.* 8. *in fin.* Gail. 1. *obs.* 83. 88. *& seqq.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 8. *cap.* 4.

Adversus inficiantes ex quibusdam causis) Ex damni injuria dati, depositi miserabilis, & piorum legatorum causa lis inficiatione duplatur, §. *sed furti.* 26. *sup. de act.* ubi hac de re satis copiosè dictum est. Pertinet autem hoc eo, ut intelligamus, jusjurandum calumniæ pœnam hanc pecuniariam non abrogare.

Vel tripli) Hæc verba tollenda sunt. Nulla enim

enim in inficiantem tripli actio est. Sed neque in vetustis codicibus ea reperiri testatur Cujac. Hotom. Pacius.

Pluris quàm simpli actio est) Ex furti causa lis etiam sine inficiatione pœnam affert. Sed hæc pœna huc non pertinet, quoniam temeritatem litigantis non coercet; voluitque Justinianus tantùm obiter indicare dissimilitudinem causarum.

2 *Utriusque etiam partis advocati*) Etiam à patronis causarum seu advocatis jusjurandum simile superiori, & in causa qualibet exigitur, ut scilicet jurent, se integro animo causam clientis sui suscipere, nec falsi patrocinii sibi conscios esse: nullam se operam, nullumque studium in causa clientis sui intermissuros: denique si quid malitiosè aut improbè fingi in ea postea deprehenderit, ejus se patrocinium protinus omissuros, *l. 2. pr. C. de jur. propt. cal. l. rem non novam.* 14. §. 1. *C. de judic.* De procuratoribus nihil simile jus civile disposuit: sed jure pontificio cautum, ut non obstante præcedente reorum juramento, procuratores ad exemplum advocatorum similiter suo nomine jurent, *cap. cum causam. 6. de jur. calumn. c. 2. eod. in 6.*

Pro veteri calumniæ actione) Fuit vetus quædam calumniæ actio, qua improbi litigatores in partem decimam æstimationis litis, expensarum nomine, mulctabantur, *l. ult. C. Hermog. de calumniat.* quam hìc abrogat Justinianus, licet desuetudine jam obliteratam. Eamdem tamen restituit, atque in usum revocare conatus est *Nov.* 112. hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromissione sed satisdatione fieret.

Damnum & impensas) Appendix sententiæ 3 est condemnatio in sumptus & expensas litis. Constitutum namque est, victum in lite in expensas quoque & cætera damna victori condemnandum esse, *l. eum quem* 79. *de judic. l. properandum.* 13. §. *sive autem.* 6. *C. de judic. leg.* 4. *C. de fruct. & lit. expens. Nov.* 82. *c.* 10. *& hoc tex.* Nec victo prodest ejurasse calumniam: ut enim verè de calumnia juraverit, nihilominus tamen ei imputari potest, quod temere adversarium suum in jus vocavit, *d. l. eum quem.* 79. *de judic.* Planè si quis justam causam litigandi habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex discrepantibus Doctorum sententiis, placet, hunc, etsi victus est, ab onere expensarum excusari, *d. Nov.* 82. *c.* 10. *auth. post jusjurandum, in fin. de jud.* idque judicis religioni & prudentiæ æstimandum relinquitur: neque tam ex jure scripto, quàm ex usu judiciorum peti debet. Conf. DD. in *d. l. eum quem.* 79. *de judic. & d. l. properandum.* 13. *C. eod.* Covar. *pr. q.* 27. *numero* 5. Viv. *libro* 1. *opin.* 425. Menoch. *arbitr. lib.* 2. *cent.* 2. *cas.* 177. *&* 1. *præsumpt.* 35. Gail. 1. *obs.* 15. *& seqq.* Gudelin. *lib.* 4. *de jur. noviss. c.* 13. D. Tulden. *comm. hic, c.* 3. Christin. *vol.* 1. *decis.* 266. *& vol.* 4. *decis.* 97. *cum ibi citat.* Sichard. in *d. l. properandum.* 13. §. *sive autem.* 6. *& in l. sancimus.* 15. *C. de judic.* Porro præter impensas in ipsam litem factas, etiam cætera damna adversarii in condemnationem veniunt, ut hic textus expressè docet: sed intrinseca tantùm, non extrinseca, ut vulgo distinguunt. Sichard. *ad d. l. sancimus* 15. *n.* 9. *& seq.* Thesaur. *decis.* 67. Quid si victor propriam causam egerit? etiamne hic salarii ratio habenda? Vid. Mynf. 1. *obs.* 2. Gail. 1. *obs.* 151. *n.* 16. Trentac. 2. *pr. res. tit. de postul. n.* 3. Gudel. *d. c.* 13. Christin. *vol.* 2. *decis.* 102. *n.* 1. Illud etiam tenendum est, quamvis expensæ nominatim petitæ non sint, nihilominus tamen victum causa cognita victori in eas condemnandum esse, usque adeo ut si judex hanc condemnationem omiserit, rem periculi sui faciat, *d. l. properandum.* 13. §. *sive autem* 6. *d. Nov.* 82. *c.* 10. Nic. Valla *de reb. dub. tract.* 1. *n.* 18. Gudelin. *c.* 13. *vers. cæterum.* Sichard. *ad d.* §. *sive autem.* 6. *n.* 18. ubi hanc sententiam in puncto juris veram esse fatetur post Salic. *ibid.* licet Bart. & comm. DD. contrarium teneant. Facta autem impensarum declaratione, judex eas taxare, & super iis juramentum victori deferre debet. Sichard. in *d.* §. *sive autem.* 6. *n.* 16. Gudelin. *d. c.* 13.

Atque hæc quidem jure scripto sic obtinent: cæterum moribus hodiernis magnam 4 partem exoleverunt. Nam neque lis ulla nunc inficiatione duplatur, & vis jurisjurandi calumniæ in plerisque tribunalibus usus est. D. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov. c.* 8. *in fin.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 8. *cap.* 1. Wesemb. *par. de jurejur. n.* 9. Christin. *volum.* 2. *decis.* 147. de quo quæritur D. Diod. Tuld. *lib.* 4. *de caus. corrupt. jud. cap.* 14. Loquor de juramento calumniæ, quo de hìc agitur, quod in exordio judicii à litigatoribus super tota lite jure communi præstandum est: nam quod interdum postea in parte aliqua litis exigitur, veluti ab eo, qui jusjurandum judiciale defert, *l. jusjurand.* 34. §. 4. *de jurejur.* id moribus adhuc obtinet. Wesemb. *d. n.* 9. Sed neque advocati aut procuratores amplius in singulis causis jurisjurandum præstant; verùm semel in universum, cùm designatur, sive ad pos-

postulandum agendumve pro aliis admittuntur. Perez. *ad tit. C. de jur. propt. cal.* Gudelin. *d. c.* 8. *in fin.* Merul. *d. tit.* 8. *c.* 3. *&* 4. quod tamen jusjurandum quotannis statis temporibus apud nos renovare tenentur, *art.* 71. *Inst. Cur. Holl.* Jure communi ipsi quoque judices in singulis causis sacramenti religione obstringuntur, ut jurent, se ex vero & legibus judicaturos, *l. rem non novam.* 14. *in pr. C. de jud.* Sed & illi hodie unicum tantum jusjurandum dant in ingressu muneris, quod in causis singulis pro repetito habetur, *arg. auth. Hoc sacramentum. C. de jurejur. propt. cal.* Vvesemb. *ad tit. C. de ord. jud. num.* 5. Porro nec usu hodierno recepta est actio illa decimaria, quam diximus Justinianum, obliteratam antea & hic repudiatam, postea in usum revocare studuisse *Nov.* 112. Gudelin. *d. lib.* 4. *c.* 13. *in fin.* Quæ verò dicta sunt de condemnatione in expensas litis, & cætera damna adversarii, ea fere hodieque obtinent, nisi quod victus non aliter in hæc condemnari nunc solet quàm si petita fuerint; non quod judex non possit ex officio victori impensas adjudicare, etiamsi petitæ non sint; sed quia, ut Bart. Bald. & DD. comm. in *d. l. properandum.* 13. §. *sive autem* 6. *C. de judic.* censent, & usus judiciorum recepit, non tenetur. Cæterum impensæ satis petitæ intelliguntur secundum plerosque, si libello, ut fieri solet, adjecta sit clausula, *ut super omnibus optimo quoque modo jus & justitia administretur.* Gail. 1. *obs.* 151. Mynf. 4. *obs.* 55. Damhoud. *prax. civ. cap.* 108. *& ibi in annot.* Nic. Tulden. Merul. *d. sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 15. Gudelin. *d. cap.* 13. Victor quas fecit impensas libello complectitur, & adversarius quantitatem earum deminuit; ac demum judex vi taxationis in sententia sibi reservatæ, utraque parte audita, modum earum constituit, *art.* 95. *seq. Instruct. Cur. Holl.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 5. *tit.* 15. *& seq.* Gudelin. *d. cap.* 13. *vers. ult.* Temerarii litigatores apud nos mulctantur hoc modo. Qui in oppidis aut apud Baillivum & Patres Curiæ litem temere aut intendit aut suscipit, præterquam quod causam amittit, & impensarum damnum sentit, jubetur condemnari in actionibus realibus in summam trium florenorum in personalibus in tricesimam partem ejus, quod petitum est, ut tamen hæc pœna non excedat summam sex florenorum. In pagis eadem temeritas coercetur in actionibus realibus pœna unius floreni & decem assium; in personalibus pœna quinquagesimæ æstimationis rei petitæ, quæ tamen pœna non egrediatur summam trium florenorum, *art.* 22. *ord. Justit.* Quod si quis ab inferiore judice ad Curiam provincialem temere provocet, is jubetur condemnari in florenos triginta, *art.* 211. *Instruct. Cur. Holland.* & à Curia temere appellans supremum Senatum, in florenos quinquaginta, *art.* 232. *Instruct. sup. Senat.* quæ pœnæ fisco cedunt, uti superiores officiario; add. *noviss. ampliat. Instruct. Cur. Holl. edit. ann.* 1644.

TEXTUS.
De infamia.

1. *Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus: item pro socio; quæ ab utraque parte directa est; & ob id quilibet ex sociis ex judicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solùm damnati notantur ignominia, sed & pacti: & rectè; plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.*

NOTÆ.

1. *Directis, non contrariis actionibus*) *D. l.* 1. Nam in contrariis judiciis de dolo aut perfidia non agitur: sed tantùm de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest, *d. l.* 6. §. *ult. l.* 5. *depos.* Nemo autem notatur, nisi qui ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, *d. l.* 6. §. *ult. d. l.* 5. *depos.*

Sed & pacti) *D. l.* 1. *l.* 4. §. *ult. d. tit.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur, *l.* 5. *eod.* utique si cum pretio quantocumque pactus sit: non si gratis remissa sit actio. Inhumanum enim esset, veniæ nullum locum dari, *d. l.* 6. §. 3.

COMMENTARIUS.

1. *Judicia civilia ex delicto, quæ, qua conditione concurrente, famosa?*
2. *Famosam non esse actionem quod met. ca. neque interdicta, neque conditiones, quamvis ex famosis causis.*
3. *Ex contractu quæ, quibus conditionibus concurrentibus judicia famosa?*
4. *Cur non omnia judicia bonæ fidei famosa?*
5. *In actionibus famosis ex delicto, etiam pactos, infamia notari: in iis, quæ ex contractibus, non item: & cur tam variè?*

POEna infamiæ non tam temeritatis pœna est, quàm doli, & certis dumtaxat ex causis judicio civili damnatis infligitur: quales sunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ hic recensentur. Judicia quidem

dem criminalia & ipsa ut plurimum famosa sunt: sed ea huc non pertinent.

1 *Veluti furti, &c.*) Furti, rapinæ, injuriarum, de dolo malo damnati, edicto notantur infamia, *l. 1. de his qui not. inf.* Damnatio ea accipienda est, vel à qua non est provocatum, vel quæ confirmata est, *d. l. 6. §. 1. eod.* Addit prætor in edicto, si damnati sint suo nomine, *l. 1. l. 4. §. ult. eod.* Conditio addita propter procuratores, & curatores, qui alieno nomine conventi, tametsi ipsi condemnentur, infamiæ tamen notam non subeunt, *d. l. 6. §. 2.* Famosa quoque sunt judicia sepulcri violati, *l. 1. de sepulcr. viol.* & expilatæ hæreditatis, quod est gravius judicio furti, *l. si te. 12. C. ex quib. ca. in infam.* item actio, quæ est adversus mulierem, quæ in possessionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem se adseveravit, cùm prægnans non esset, aut ex alio concepisset, *l. notatur. 15.*

2 *cum 4. seqq. eod.* Actio autem quod metus causa famosa non est, quoniam in hac satis visum quadrupli pœna contumaciam coerceri. Don. *15. comm.* 40. Sed neque ulla interdicta famosa sunt, quamvis sint ex causa delicti, *l. neque. 13. unde vi.* Postremo nec inter causas famosas ex delicto numeratur damnum injuria datum: nimirum quia etsi ponamus, consulto & malo animo damnum datum esse, tamen quia hoc factum contumeliam conjunctam non habet (alioqui & injuriarum actio competeret) non videtur tam atrocem pœnam mereri. Hotom. *hic.* Illud constat, in contradictionibus cessare ignominiam, quamvis ex famosis descendant, *l. cessat. 36. de obl. & act.* veluti in conditione furtiva, & actione rerum amotarum, *per l. pen. de cond. furt. l. verum 26. de act. rer. amot.*

3 *Tutelæ, mandati, depositi, pro socio*) Etiam quatuor hæc judicia ex contractu proficiscentia, tutelæ, mandati, depositi, pro socio, famosa sunt, notanturque his judiciis damnati, si tres hæ conditiones concurrant; si quis suo nomine; si de dolo ac perfidia sua; si directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum causis superioribus communis est, *l. 1. l. 4. §. ult. de his, qui not. inf.* Ex qua intelligimus, notari eos solùm, qui suo, non qui alieno nomine damnantur, veluti procuratores, tutores, curatores, hæredes. Itaque si quis judicio famoso conventus curet, ut per procuratorem defendatur, hìc futurum est, ut & ipse infamiam effugiat, quia non condemnabitur, sed procurator ejus, *l. 1. C. de sent. & interloc.* neque tamen notetur procurator, quia condemnatur alieno nomine, *d. l. 6. §. 2.* De hærede quoque ideo eodem loco dicitur: nimirum etsi hæres actionibus ex contractu venientibus etiam ob dolum defuncti in solidum teneatur, & lite contestata pœnales quoque ex delicto contra eum transeunt, *l. 12. l. omnes. 26. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. l. pœnalia. 164. cum simil. de reg. jur.* neutro tamen casu ita tenetur, ut damnatus infamiæ notam subeat, cùm non suo nomine, nec ex suo dolo & delicto, sed ex alieno conveniatur. Hodie autem exiguum hæc usum habent, quoniam non amplius sententia in procuratorem, sed in dominum dirigitur. D. Tulden. *in tit. C. de sent. & interloc. num.* 4. Christin. *vol. 4. decis. 91. num.* 16. Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 1. c. 1.* Neque privata judicia pœnalia habemus, quæ dici possint lite contestata in hæredes transire, nisi forte injuriarum. Illud adhuc manet, quod licet successores etiam ob dolum defuncti ex contractibus in solidum teneantur, nunquam tamen ita tenentur, ut damnatus sequatur infamia. Secunda conditio est, si quis ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, *l. 5. §. ult. de his qui not. infamia. l. 5. depos. §. suspectus. 6. de susp. tut.* Neque enim convenit, infamiæ notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admisit, sed culpa tantùm imperitiave aut solita negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere potest, *l. probrum. 42. de verb. sign.* Tertia & postrema conditio est, si quis condemnatus fuerit judicio directo, *d. l. 1. de his qui not. inf.* Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, sed tantùm de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest, *d. l. 6. §. ult. eodem titul. d. l. 5. depos.* Hæc autem conditio addita non propter actionem pro socio, quippe quæ utrinque directa est: sed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Planè in causa mandati interdum etiam contrario judicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia, ut in specie *d. l. 6. §. antepen. de his qui not. infam.*

4 *Tutelæ, mandati, depositi, pro socio*) Quid ergo? An reliquis bonæ fidei judiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati, actione pigneratitia, ob dolum & perfidiam damnati infames non erunt? Et cùm prætor quatuor illa, quæ hìc proponuntur, nominatim exceperit, notaveritque, haud dubiè in cæteris integram existimationem servari voluit. Neque verò defuit prætori sua ratio, cur quatuor illa à cæteris segregaret. Licet enim in omnibus, qui se malitiosè gerit, fidem

ex

ex æquo violet, in solis tamen illis quatuot eam violat specie amicitiæ; quod majoris est improbitatis: nam quod de mandato non ex fide gesto ait M. Tullius *pro Rosc. Amer.* eo nomine non minus turpe judicium constitutum esse, quàm furti, propterea quod hæc culpa duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem; id non magis ad mandati judicium, quàm ad tria reliqua, tutelæ, depositi, pro socio, pertinet: add. Coras. 4. *misc.* 19. Don. 18. *comm.* 8. Hodiernis motibus nulla judicia civilia famosa esse dicuntur, & non tam ex causa, quàm ex genere pœnæ infamiam irrogari; vid. Bern. Autumn. *confer. ad rubr. C. ex quib. caus. infam.* Zypæ. *not. jur. eod. tit.* Groenevv. *de ll. arbrog. hic.*

6 *Sed & pacti*) Non solùm damnati ex superioribus delictis, sed & pacti infamia notantur, *d. l.* 1. *l.* 4. §. *ult. de his qui not. inf.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen qui paciscitur, *l.* 5. *eod.* confessus autem pro judicato est, *l.* 1. *de confess.* Quod tamen ita acceptum est, si quis cum pretio quandocumque pactus sit, non si gratis remissa sit actio: nam inhumanum esset, veniæ nullum locum dari, *l.* 6. §. 3. *de his qui not. inf.* In actionibus verò, quæ famosæ sunt ex contractibus, paciscens infamia non notatur: quoniam in his causis non tam turpis est pactio; & potius hìc de eo, quod adversarii interest, interposita præsumitur, quàm ex conscientia doli, *l.* 7. *eod.* Atque ad has causas tantùm illud quoque pertinet, quod traditur in *l. si reus.* 73. *de procur.* reum actione famosa conventum infamiam declinare posse, si tantum pecuniam, quanta petitur, actori solverit, aut eo recusante accipere, si oblatam apud acta deposuerit: quamquàm DD. vulgo hoc etiam ad causas famosas ex delicto referunt. Vid. quæ notamus sup. §. *in summa.* 10. *de injur.*

Textus.

De in jus vocando.

3. *Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua prætor edicit de in jus vocandus est, id est, ad eum vocandus, qui jus dicturus sit. Qua parte prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quàm si id ab ipso prætore postulaverint, & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.*

Notæ.

3. *Actionum instituendarum*) In jus vocatio principium est judicii instituendi, & prima ordinis judiciarii pars, *l.* 1. *C. de exc. rei judic.*

Parentibus & patronis) *L.* 4. *cum seqq. de in jus voc.* §. 12. *sup. de act.* Macrob. 7. *Saturn.* 5. *Ab auctoritate vestra tamquam ab edicto prætoris impetrata venia.*

Solidum quinquaginta) *L. pen. d. t.* Quod si libertus inopia laboret, à præfecto urbi, quasi inofficiosus castigatur, *l. ult. eod.* Unde vulgo dici solet, *qui non habet in ære, luat in pelle.*

Commentarius.

1 *Partes processus judiciarii.*
2 *An in jus vocatio pars sit judicii?*
3 *Effecta in jus vocationis.*
4 *Omissa in jus vocatione nihil cognosci aut statui posse.*
5 *Quid intersit inter citare, & in jus vocare?*

Concluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia, quæ hactenus dicta sunt, pertinent; doceturque actionem omnem instituendam esse apud magistratum, cujus de ea re jurisdictio est, vocato prius ad eum adversario.

1 *Actionum instituendarum principium*) Processus judiciarii partes sunt quatuor, quarum ordinem & progressum natura ipsa ostendit, & eleganter expresserunt Impp. in *leg.* 1. *C. de execut. rei jud.* in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta, sententiæ executio, quæ tamen ab ordine de quo ad eam pervenitur, secerni potest. Prima ordinis judiciarii pars est in jus vocatio: ab ea enim, ut hìc dicitur omnium actionum instituendarum initium proficiscitur. Quidam & judicii partem esse contendunt: sed hoc alii & plures negant; quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quàm lis est contestata, *l. un. C. de lit. contest. l. amplius.* 15. *ratam rem hab.* Gail. 2. *obs.* 48. & 74. Wesemb. *par. de jud. num.* 6. Christin. *vol.* 2. *decis.* 149. *num.* 12. *decis.* 155. *num.* 9.

2 Dissidium non difficile compositu. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima. Wesemb. *ad rubr. C. de jud. num.* 19. Cagnol. *ad rubr. C. de edend. num.* 21. & 24. aut pressius, ut ea tantùm contineat, quæ olim apud judices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu judicii à lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet. Marant. *spec. aur. p.* 5. *num.* 2. Priore sensu non minus in jus vocatio propriè & verè pars judicii est, quàm litis contestatio, &c. Posteriore propriè judicii pars non est, quamquam nihil vetat,

tat, partem judicii etiam propriè dicti vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut sine eo ad illud non perveniatur. Unde etiam qui partem esse judicii negant, eam vocant principium, basim & fundamentum processus. Gail. *d. obs.* 48. *& dict. obs.* 74. *n.* 1.

Effecta in jus vocationis hæc fere sunt. 1. Ut si quis postea quàm in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, *l.* 7. *de judic.* 2. Quod perpetuat jurisdictionem judicis delegati, hoc est, ut is delegante post propositum citationis edictum mortuo, nihilominus in causa procedere possit & debeat, *c. gratum.* 20. *de off. deleg.* 3. Quod post citationem in actionibus in rem res, de qua agitur, litigiosa esse incipit, *auth. litigiosa. C. de litigios.* vid. Covar. *pract. quæst.* 15. *num.* 6.

In primis adversarius in jus vocandus est) Qui judicio cum aliquo contendere constituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrum cedere velit, an judicio contendere; & si contendendum putet, ut veniat instructus, *l.* 1. *de edend. auth. offeratur. C. de lit. cont.* Unde intelligimus, hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso, nihil cognosci, nihil statui posse: & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, facit *l.* 4. *C. de sent. & interloc.* & merito: quoniam sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem judicii necessario requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est. Clement. *pastoralis de re jud.* Pet. Greg. 48. *syntag.* 2. *n.* 28. Damhoud. *prax. civ. c.* 54. *n.* 3. Gail. 1. *obs.* 48. *& de pac. publ.* 5. *n.* 6. Merul. *l.* 4. *dist.* 4. *sect.* 1. *t.* 4. *c.* 1. Christin. *vol.* 2. *decis.* 89.

Qui jus dicturus sit) In jus vocare est ad eum vocare, qui jus dicturus est, juris experiundi gratia, *l.* 1. *de in jus voc. & hoc text.* Judicem igitur ad quem vocatio fit, oportet aut tribunali præesse, aut aliam jurisdictionem habere. Ad eum, qui nudam dumtaxat notionem habet, hoc est, ad judicem pedaneum vocatus, impune non parebit, *l.* 3. §. 1. *ne quis eum, qui in jus voc.* Additur in *d. l.* 1. *juris experiundi causa*; qui finis est vocationis. Non enim vocatur quisquam in jus nisi ea gratia, ut cum eo liceat jure judicioque experiri, sive agere de re, quæ in judicium vocatur. In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, & promiscuus etiam horum verborum usus est in constitutionibus Justiniani, contra quam veteres, qui verbo *citare* numquam utuntur pro in jus vocare. Sanè verbi *citandi* latior etiam nunc usus est, quàm in jus vocandi: quippe citationi locus est etiam post cœptum judicium, & in quavis parte judicii; veluti cùm quis citatur ad audiendam sententiam, ad videndum jurare testes, &c. cùm in jus vocatio de prima illa citatione, quæ judicium præcedit, dicatur dumtaxat. Quomodo nunc citatio seu in jus vocatio fieri soleat, quibus partibus constet, & quam vim habeat, cognoscet ex Merul. *lib.* 2. *t.* 1. *& lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 1. *tit.* 4. *c.* 1. *& seqq.* Gail. 1. *obs.* 47. *& seqq. & obs.* 74. *n.* 16. *& seqq.* Mynf. 6. *obs.* 10. Christin. *vol.* 2. *dec.* 89.

Parentibus & patronis) Hac de re copiosè explicatum est sub §. *pœnalis* 12. *sup. de actionib.*

TITULUS DECIMUS-SEPTIMUS.

DE OFFICIO JUDICIS.

Continuatio. Quid litis contestatio. An ea à parte rei aliquando per affirmationem aut confessionem inducatur: ejus effecta, & quibus in causis non necessaria.

SI is, qui in jus vocatus est, neget, quod intenditur, & cum actore paratus sit contendere, negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & à veteri ritu testationis in lite instituenda, litis contestatio dicitur; de quo ritu vid. Pet. Fab. 2. *semest.* 24. Revard. *pro tribunal.* 11. Cujac. 9. *obs.* 21. Per litis contestationem potestas fit judici de re cognoscendi & judicandi; ante nihil cognosci, aut definiri potest. *Nov.* 53. *c.* 4. *tot. tit. x*. *ut lit. non cont. non proc.* Eaque sic rectè nunc definietur, (nam vetus contestatio sublata est, licet nomen manserit) negotii hinc inde apud judicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eamdem rei conventi responsionem per contradictionem, *l. un. C. de lit. cont. l. rem non novam.* 14. §. 1. *C. de judic. l.* 2. *C. de jurejur. propt. calum.* Enim vero non quælibet petitio actoris & responsio seu contradictio rei litis contestationem inducit, sed distincta, & quæ statum causæ judici demonstrat. Cùmque lis esse

se non posit, nisi unus affirmet, alter neget, apparet, litis contestationem non fieri, nisi quemadmodum definivi, per contradictionem ejus, quod petitur; ac proinde ex parte rei non nisi negativè, *d. l.* 14. §. 1. *C. de judic.* Vigl. *de lit. contest. cap.* 1. Obrecht. *c.* 2. *n.* 16. & *seqq.* D. Perez. *ad tit. C. eod. n.* 3. & 4. Et male igitur Glossa in *cap. un.x. eod.* Sichard. *in rubr. C. eod. n.* 5. Merul. *lib.* 4.*dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 6. *cap.* 1. statuunt, etiam per confessionem rei litis contestationem induci; nam qui hosti se dedit, certare dici non potest. Lite contestata, (*soo. baest de gedaegde geantvvordt beeft, ende conclusie genomen, dat den impetrant finem eysch ende conclusie sal zijn ontseydt*) judicium constitutum esse intelligitur, *d. l. un. C. de lit. cent. l.* 15. *rat. rem bab. l. lite.* 35. *de usur.* junct. *l.* 1. *C. de jud.* Est enim litis contestatio, ut dictum est superiore titulo, prima judicii pars, si vocem judicii propriè & strictè accipimus, & à DD. appellatur judicii principium formale; cujus effecta congesserunt, Gail. 1. *obs.* 76. & 2. *seqq.* Merul. *d. tit.* 6. *c.* 2. Perez. *in C. de lit. cont. num.* 8. & D. Tuld. *ib. n.* 3. Sunt autem fere hæc. 1. Per litis contestationem statim res subjicitur cognitioni judicis. 2. Actiones omnes, quæ alias tempore aut morte perituræ essent, semel judicio inclusæ, salvæ permanent, §. 1. *sup. de perp. & tem. act. l. omnes.* 26. *l. sciendum.* 58. *de obl. & act. l. nemo* 87. *l. omnes.* 139. *de reg. jur.* 3. Actiones, quæ alias triginta annorum spatio circumscriptæ, post litis contestationem omissæ, intra quadraginta annos repeti possunt, *l. ult. C. de præsc. trig. ann. l.* 1. §. 1. *C. de ann. exc.* 4. Litis contestatio inducit præstationem fructuum in strictis judiciis, quibus agitur ad consequendum quod nostrum non fuit, *l. videamus.* 38. §. *si actionem* 7. *de usur.* 5. Excludit exceptiones dilatorias, *l. pen. & ult. C. de exc.* & in universum actoris conditionem meliorem facit, *l. non solet* 86. *cum l. seq. de reg. jur.* 6. Litigatores in eodem judicio retinet, *l. ubi acceptum.* 30. *de judic.* & retinet in conjuncto, ne causæ continentia dividatur, *l. nulli.* 10. *C. d. tit.* adeoque actorem petitioni mutuæ (reconventionem vocant pragmatici) obnoxium reddit, *l. qui non cogitur* 22. *eod. tit. l.* 14. & *autb. Et consequenter. C. de sentent. & interloc.* Illud omnes passim notant, omissa litis contestatione processum vitiari: quamquam sunt quædam causæ, quæ contestationem non desiderant, quales sunt causæ appellationis, summariæ, notoriæ, & ubi periculum in mora. Mynſ. 1. *obs.* 1. & 38. & 3. *obs.* 74. Gail. *dd. loc.* Merul. *d. tit.* 6. *cap.* 2. Christin. *vol.* 2. *decis.* 155. *n.* 2. Constituto sic per litis contestationem judicio statim res ad cognitionem judicis pertinere incipit; de cujus officio porro videndum.

Textus.

De officio judicis in genere.

Superest, ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.

Notæ.

De officio judicis) Aliud veteribus est officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, cui cohæret potestas exequendi, quæ mixtum imperium nostris dicitur, *l.* 1. *in fin. l. ult.* §. 1. *de off. ejus, cui mand. jurisd. l.* 3. *de jurisd.* alterum nudæ notionis, causæ cognitione, & sententiæ dicendæ potestate circumscriptum, *l.* 5. *l.* 15. *l.* 55. *de re jud.*

Nec aliter, quàm legibus) L. 13. *C. de sent. & interloc. autb. jubemus, C. de judic.* Quippe judex legum minister, non arbiter est. August. *c.* 2. *dist.* 4. *Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum est,* & *Nov.* 126. *cap.* 1. jubentur judices *νόμοις ἐγνωσμένην διδόναι ψῆφον legibus cognitam edere sententiam,* in qua jurabant Athenis & Romæ.

Aut constitutionibus) Sententia, quæ expressim lata est contra legum, constitutionum, morumve præscripta, ideo inutilis est, ut ne appellatio quidem necessaria, *l.* 19. *de appell. l.* 1. §. 2. *quæ sent. sin. prov. l.* 2. *C. quand. prov. non est nec.*

Commentarius.

1 *Aliud esse officium jus dicentis, aliud judicis: illi respondere quod vulgo vocatur officium judicis nobile: huic, quod mercenarium: & in quibus hæc consistant.*
2 *Causæ cognitio quid & quibus in rebus consistat.*
3 *Officium judicis in judicando quale.*
4 *Quæ sententiæ nullius momenti: quæ item, licet injustæ, valeant, nisi provocentur: & quid circa hæc in Belgio.*
5 *Utrum judex secundum conscientiam suam, an secundum acta & probata judicare debeat?*
6 *Omnes judices, etiam supremos, secundum leges & mores judicare debere: & secundum quæ jura judicetur in his provinciis.*

Aliud est veteribus officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, alterum nudæ notionis. Illud interpretes vulgo 1 of-

officium judicis nobile vocant, hoc mercenarium, verbis magis quàm sensu inconcinno. Ad officium jus dicentis hæc pertinent: minores facilitate sua læsos in integrum restituere, *l. 1. §. 1. de minor.* bonorum possessionem dare; in possessionem mittere; pupillis minoribus tutores curatoresve non habentibus constituere; judices litigantibus dare; jubere cavere prætoria stipulatione, *l. 1. l. 4. de jurisd.* sententiam judicum à se datorum exequi, *l. a Divo 15. de re jud.* multam dicere; pignora capere, *l. si quis judic. non ob temp. l. 4. §. 2. de damn. infect.* Sic hodie cùm magistratus non servo judicii ordine, reum uec auditum ad solius actoris supplicationem jubet supersedere facto aliquo, puta cæsione sylvæ, cultione agri, &c. idque sub pœna, addita clausula, quæ & necessario addenda, ut si gravatum se sentiat mandato pœnali, certo die veniat se defensurus; quo veniente mandatum illud resolvitur in simplicem citationem: hoc item proficiscitur ab auctoritate prætoria & officio judicis nobili. Oldend. *in præfat. Class. c. de off. jud.* D. Tuld. *hic, c. 1.* Ad officium judicis pertinet, causam cognoscere, *l. 9. C. de jud.* dare & moderari dilationes; *l. 7. de fer. & dilat.* jubere cavere stipulatione judiciali, *§. 1. sup. de div. stip.* denique de re cognita pronuntiare: nam & sententiæ officio judicis, quod mercenarium vocant, pronuntiantur tam super re principali, quàm super usuris, fructibus, sumptibus litis, aliisque accessionibus, *l. de qua re 74. de judic. l. qui per collusion. 49. §. ult. de act. empt.* dicta autem semel sententia, cessant partes judic. & succedunt magistratus, *l. judex 55. de re jud.* Igitur ad officium judicis duo hæc maxime spectant; causæ cognitio, & judicatio. Causæ cognitio, quæ & disquisitio, & examen, & disceptatio, est corp. & substantia judicii, nec ullus potentior judicii defectus. Vestr. *3. pr. aul. Rom. c. 2. n. 7.* & Gravat. *ad Vestr. ibid.* Consistit autem in his rebus, ut judex negotii veritatem examinet, deinde & justitiam; quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus, *l. 3. de in int. rest.* Cognoscitur autem causa ex iis quæ à litigatoribus allegantur probanturque. Primo igitur litigatores audiendi; inde expendenda, quæ ad probationem afferuntur; neque id perfunctoriè ac summatim, ut interdum fit, cùm de re aliqua non ex professo agitur, sed dumtaxat per occasionem, ubi judex præsentem probationem sequens, id quod contra affertur, si altiorem quæstionem habeat, in aliud tempus rejicere solet, *l. 3. §. 4. de Carb. edict. l. 15. §. 4. de re jud.* (Consule de causis summarii judicii & perfunctoriæ cognitionis. Vestrium *pract. aul. Rom. lib. 5. cap. 1. & seq.* Damhoud. *prax. civ. cap. 22. & seq.* Mynsi. *3. obs. 70. & 6. observ. 16.*) verùm ut in justo judicio, adhibita plena & justa inquisitione. Est autem plena & justa inquisitio ac cognitio, cùm judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defensionem rei pertinentia afferuntur, quæque judicii natura non repudiat, prætermittit, quin audiat cognoscatque, *l. 9. C. de judic.* & ibi DD. Causa sic disceptata ac cognita, superest, ut judex, qui de re cognovit, etiam judicet seu sententiam ferat, *l. de qua 74. de judic.* in qua ferenda quid pro officio observare debeat, docet deinceps Justinianus.

3 *Nec aliter judicet, quàm legibus*) Judici permissum non est, quo velit modo, ita judicare: quippe qui legum minister, non arbiter est. Sed cavere debet, ne aliter judicet, quàm legibus aut moribus est proditum, *hoc text. l. nemo 13. C. de sent. & interloc. auth. jubemus, C. de judic. Nov. 126. cap. 1.* ubi jubentur judices νόμοις ἐγνωσμένοις διδόναι ψῆφον, *legibus cognitam edere sententiam.* Cui consentaneum est, quod principes humanæ sapientiæ Plato & Aristot. non uno loco tradiderunt, judicem legibus alligatum esse oportere. Et illud Augustini *c. 3. dist. 4. Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum.* Post sanè judex verba legis, si duriora videantur, æquitate quadam flectere, ut voluntatem legislatoris conservet: quinimmo id facere jubetur, *l. benignus 18. de legib.* atque in re omni æquitatis potius quàm stricti juris rationem habere, *l. 8. C. de judic. Scriptum sequi* ait M. Tullius *in ea pro Cæcin. cap. 23. calumniatoris est; boni judicis, scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere.* At enim verò si & ipsa legis verba & simul mens legislatoris perspicua sint, quamvis à generali illa æquitate, quæ communiter in omni lege inesse putatur, dissideant, cujus rei exemplum habemus in *l. prospexit 12. §. 1. qui & à quib. man.* hìc judex non potest prætextu æquitatis à verbis legis recedere, ne simul faciat contra legis sententiam, nec tam interpretetur legem, quam tollat: quod solius est principis, hoc est ejus, cujus est & legem condere, *l. 1. l. ult. C. de leg.* Gudelin. *lib. 5. de jur. nov. c. 2.* Sententia contra formam juris lata nullius momenti est, 4 veluti quæ causa non cognita, aut non publicè & palam, ac more majorum, aut non præsentibus iis, inter quos res agitur, dicta, *tit. C. quom. & quand. jud.* quæ ex scripto recitata non est: *C. de sent. ex brevic. rec.* quæ absolutio-

tionem aut condemnationem non continet, *l. 3. C. de sent. & interl.* quæ sine certa quantitate prolata, *C. de sent. quæ sin. cert. quant.* quæ lata est contra rem judicatam, à qua provocatum non est, *l. 1. C. quand. prov. non est nec.* quæ expresśim contra leges, Senatusconsulta, aut constitutiones, data, *l. si expressim 19. de appell. l. 1. §. 2. quæ sent. sin. app. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* & si quæ sunt similes. Cùmque hujusmodi sententiæ auctoritatem judicati non habeant, etiam sine appellatione causa denuo induci potest, *dd. ll.* Sed quid si horum nihil objici possit, & tamen sententia injusta dicatur? Placet sententiam valere, & standum esse rei judicatæ, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum constituta, *l. præses 27. cum prolatis 32. de re jud. d. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* usque adeo, ut nec rescriptum Principis contra sententiam recipiatur, *l. ult. C. de sent. resc.* Verùm hoc ita est, si nihil amplius proponatur, quàm sententiam in hypothesi injustam esse; quia de jure litigatoris judex pronuntians eum condemnavit, quem absolvere debeat, aut contra. Ut ecce actor, centum nomine sortis & viginti usurarum nomine petit: reus negat, usuras usurarum à se peti posse ex constitutionibus; judex reum in eam quantitatem, quæ petita est, condemnat, existimans, eas constitutiones nihil ad rem facere: quamvis judex id imperitè & injustè faciat, rei tamen judicatæ standum esse responsum est, *d. l. præses 27.* junct. *d. l. cum prolatis 32. de re jud.* Diversa causa est, si pronuntiasset, usuras usurarum peti posse: tunc enim unà cum reo constitutiones ipsas damnaret; qualis sententia cúm non solùm ἄδικος sit, sed etiam παρὰ νόμος, de lege ipsa & contra eam directo lata ipso jure nulla est; ideo nec provocationis auxilium in hac specie necessarium, *d. l. si expressim 19. de app. d. l. 1. §. 2. quæ sent. sin. app.* ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus distinctionis accommodatum, *d. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* ubi item exemplum aliud. Adi de tota hac re Vant. *de null. ex defect. proc. n. 118. & num. 122. & seqq.* Zar. Duar. & DD. *in d. l. præses 27. de re jud.* ubi rectè observant, verba *condemnavit contra leges sacras constitutiones*, non esse judicis pronuntiantis, ed Jurisconsulti casum referentis. Add. D. Christin. *vol. 4. dec. 117.* ubi post D. Leon. *conf. 3. n. 7.* notat, *rubric. C. quand. prov. non est nec.* in hisce partibus non observari, sed appellationem necessariam esse, etiam cùm sententia ipso jure nulla est, uti & moribus Gallorum, ut idem *eod. loc. & vol. 1. dec. 16. n. 6.* ex Imbert. Rebuff. Bugnion. & aliis refert. Rectius videtur dicere D. Diod. Tuld. ad *d. tit. C. in fin.* sententias judicum in his regionibus ipso jure irritas aut nullas non esse. Et igitur in statu judiciali seu quæstione juris, quod judicem sequi oporteat, in medio positum est: si quidem ex jure, quod certum est, & notum ei esse debet, sententiam feret, tametsi à litigatoribus aut eorum advocatis non allegetur aut probetur, *l. un. C. ut quæ des. adv. jud. sup.* & ibi DD. In statu autem conjecturali, seu cùm de facto ambigitur, plus difficultatis res habet. Nam cùm facta plerumque incerta sint, probationibus eruenda veritas, & secundùm acta & probata judicandum, *l. 6. §. 1. de off. præs.* Proin reus convictus condemnandus, non convictus, & si ipse nihil præstiterit, absolvendus, *l. 4. C. de edend. l. 9. C. de obl. & act.* nec quod deest in facto, judex supplebit; *arg. d. l. un. C. ut quæ des. advoc.* ubi Glossa & DD. nisi factum actis continetur, puta exceptio aliqua, quæ non fuit allegata, ex instrumento, quo probatur obligatio & actio, appareat. Ranchin. *in not. ad* Guid. Pap. 221. Christin. *vol. 2. decis. 165. n. 2.* Quoniam autem judex in judicando sequi jubetur rerum probatarum fidem, *d. l. 5. §. 1. de offic. præs.* plerique censuerunt, etiamsi liquido judicio constet, falsitate aliqua vel testium vel instrumentorum bonam causam lædi, tamen secundum acta & probata, ut loquuntur, eum judicare debere, non secundum privatam scientiam; adeoque in foro animæ excusatum esse, qui secundum probata eum, quem scit esse innocentem, condemnat. Canonistæ in *c. Pastoralis. 28. §. quia vero. x. de offic. deleg.* Cyn. *in l. un. C. ut quæ dec. adv.* Covar. *1. ref. 1.* Clar. *l. 5. §. fin. pr. crim. q. 66. n. 2.* Cacheran. *dec. 79. n. 43. & seqq.* Christin. *vol. 2. decis. 148. n. 21. & vol. 1. dec. 4.* ubi plures citantur. Mihi verò longè tutius videtur, ut dicamus, ita ex actis & probatis judicem judicare debere, ut tamen numquam judicet contra conscientiam. Etenim jubetur judex judicare secundum ea, quæ probantur. At qui hoc facit, non potest non judicare secundum conscientiam. Quippe probare Latinis est fidem facere. Cui autem fidem facienda, nisi judici? Huic enim eorum, quæ allegantur, examen mandatum est, & ita mandatum, ut ex animi sui sententia æstimare eum oporteat, quod aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, *l. 3. de testib.* & prout religio suggerit sententiam proferre, *l. cum quem. 76. §. 1. de judic.* Jam verò si ea, quæ allegantur, pugnent cum scien-

tia judicis, fidem judici facere non poterunt, cùm falsa sint, & religione metuque justissimi Numinis prohibebitur secundum ea judicare. Una enim & simplex est veritas; ac proinde dividi conscientia aut scientia judicis in publicam aut privatam non debet. Neque obstat *d. l. 6. §. 1. de off. præs.* nam & ibi jubetur præses, non tam instrumentis, quæ vitiosa & falsa esse possunt, quàm rei veritate, quæ ex iis, quæ probantur, perspicitur, moveri. Itaque arbitror, & divino & humano juri consentaneum esse, ut judex in quæstione facti ex animi sui sententia, religione & conscientia pronuntiet, veritatemque afferat, spretis testimoniis, quamvis ille solus falsa ea esse sciat: maximè si talis est judex, ut ab eo nulla sit provocatio, nec veritati, nisi in fide illius ullum præsidium. Sin verò is judex est, à quo provocari potest, satius est, eum à judicando abstinere, & testimonio suo, quantum in se est, causam ejus, cui injuria fit, apud judicem superiorem adjuvare: ne temerè publica testimoniorum spernatur auctoritas, aut fenestra aperiatur pravis hominibus passim gratificandi cui velint, obtentuque ac colore scientiæ aut conscientiæ id ipsum excusandi aut defendi. Consent. fere Coras. 4. *misc.* 20. Hotom. *illustr. quæst.* 27. D. Tulden. 3. *de princ. jurispr. 6. & in comm. hic. cap.* 3. eoque etiam inclinare videtur Costal. *ad d. l. 6. §. 1. de off. præs.* Cæterum est hæc quæstio de raro contingentibus, cùm difficulter contingere possit, ut vera judicis scientia pugnet cum testimoniis aut instrumentis, quibus nihil objici queat.

Legibus, constitutionibus, aut moribus proditum) 6 Præceptum hoc ad omnes judices ex æquo pertinet, sive magistratum gerant, sive aliter judicent: quamquam sunt, qui id pertinere negant ad summas præfecturas seu Curias ultimæ jurisdictionis. Nam Justinianus generaliter loquitur, & in *Nov. 8. c. 12.* nominatim in præsidibus provinciarum, omnemque dubitationem tollit *Nov. 82. c. 13.* In his provinciis qui judicant, primum jura municipalia & constitutiones provinciales, tum mores has consuetudines locorum spectant, quibus si controversia dirimi non possit ad jus commune, id est, Romanum, apud bonam partem Europæ observatum, tamquam ad εὐνομίαν, confugitur. Gudelin. *lib. 1. de jur. noviss.* Christin. *vol. 1. decis.* 343. Grot. 1. *manuduct. ad jurispr. Batav. c.* 2.

TEXTUS.
De judicio noxali.

1. *Ideoque si noxali judicio aditus est, observare debet. ut, si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere.*

NOTÆ.

1. *Noxali judicio aditus*) Cujac. *addictus*, vel *additus*: sed hujusmodi verba parum conveniunt moribus sæculi Justinianei, quo impetrationes actionum jam sublatæ erant. Wes.

COMMENTARIUS.

Ut sententia judicis valeat, & res judicata esse intelligatur, necesse est reum aut absolvi aut condemnari, *l. 1. de re jud. l. 3. C. de sent. & interloc.* Condemnatio autem in certam rem vel quantitatem fieri debet: incerta & vaga vim sententiæ non habet, §. *curare.* 32. *sup. de act.* nisi natura rei petitæ obstet, quominus certa sententia ferri possit: veluti in judiciis universalibus, qualia sunt petitio hæreditatis, & actio familiæ ercisc undæ; aut si plures res generaliter aut disjunctim promissæ petantur: nam eodem modo condemnatio facienda, ne per sententiam reo auferatur jus electionis, vid. *not. sub d. §. curare.* 32. Quod autem Justinianus hic scribit, judicio noxali convictum ita condemnandum esse, ut aut pecuniam solvat, aut servum noxæ dedat, id non videtur esse necessarium: quoniam pecunia tantùm in actionem judicati venit; dedendi autem facultas non à judice, sed à lege est, *l. 6. §. 1. de re jud.* quod alibi quoque monuimus *sub §. 2. de nox. act.*

Aut noxam dedere) Τὸ βλάψαντα, corpus ipsum, quod nocuit, §. 1. *sup. de nox act.* Similis locutio est in *l. 1. in fin. pr. de his qui effud.*

TEXTUS.
De actionibus realibus.

2. *Et si in rem actum sit coram judice, sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget, in præsenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit. Et si hæreditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit. Si verò bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum, neque non perceptorum. Post incoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti*

cepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

NOTÆ.

2. *Et sine frustratione*) Theoph. ὑ δὲ ὑπερ ϑέσει. non moræ aut frustratoriæ dilationis causa. Reus igitur frustrator non auditur.

Indulgendum est) In actionibus in personam quadrimestres induciæ condemnato jure publico indulgentur, *l. ult. C. de usur. rei jud.* quod tamen non puto pertinere ad actiones depositi, commodati, aut similes, quibus certa species petitur, extra quàm si reus damnatus sit in rei petitæ æstimationem: neque enim malitiis indulgendum est.

Eadem ratio pene) Τὸ *pene* additum propter causam, quam modo dixi. Forte etiam, quia in actione in rem speciali officio judicis fructus veniunt: in petitione hæreditatis jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. d. tit. l. 1. & 2. C. eod.* Cujac.

Si prædo) *L. 25. §. 3. & seq. d. tit. l. 22. C. de rei vind. l. 33. C. eod.* nec interest ab initio mala fide possederit, an postea possidere cœperit, *l. 22. §. 1. l. 48. §. 1. de acquir. rer. domin. d. l. 25. §. 5. de hær. pet.*

Post inchoatam petitionem) *D. l. 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. exp. l. 4. §. 2. D. fin. reg.* Quoniam post motam controversiam omnes possessores pares sunt, *d. l. 25. §. 7. l. 10. C. de long. temp. præscr.*

COMMENTARIUS.

1 *Tempus judicatis indultum in actionibus in personam: & quid hic juris apud Batavos?*

2 *Qui possessores, quos fructus, quatenus restituere debeant, summatim.*

HOc §. agitur de officio judicis in actione in rem, tum singulari, seu rei vindicatione, tum universali, sive petitione hæreditatis: doceturque, officium illud versari partim circa res petitas, partim circa fructus.

Ut rem ipsam restituat cum fructibus) Plenius dicendum erat, *ut rem petitam restituat cùm omni causa*, id est, id omne, quod habiturus foret petitor, si tempore litis contestatæ rei ei restituta fuisset, *l. Julianus. 17. §. 1. l. præterea. 20. de rei vind.* Et porro si possessor restituere jussus arbitrio judicis non pareat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis, qualis est rei vindicatio, fieri solet, condemnandum quanti petitor in litem juraverit, *l. ejus rei. 46. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Nonnunquam & possessori ob contumaciam, manu militari seu per executores litium rem auferri, puta si id petitor maluerit, & sua interesse doceat, *l. qui restituere. 68. de rei vind.* quomodo apud nos semper proceditur, *art. 172. Instr. Cur. Holl.* add. *not. sub §. præterea 31. sup. de act.* Postremo & victum victori in expensas litis condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, *l. 13. §. sive autem 6. C. de jud.* de quo explicatius *tit. prae. sub §. 1.*

Cum fructibus) Etiamsi expressè petiti non sint, *l. & ex diverso 35. §. de rei vind.* idque vel ex eo satis intelligitur, quod officio judicis continetur, ut jubeat fructuum restitutionem fieri: judicis enim officio propriè id contineri dicitur, quod ei tacitè suo jure permissum est; quamvis prætor nullam ejus in formula mentionem fecerit, *l. planè 38. de hær. pet. si reus. 73. de proc. l. 9. §. 1. de furt. l. qui per collusionem 49. §. 1. de act. empt.* adde Mynsf. *4. obs. 55.* Christin. *vol. 2. decis. 105. n. 2.* Vant. *de nullit. sent. ex defect. proc. num. 97.* ubi ait, petitionem fructuum tacitè & virtualiter petitioni rei inesse. Dissent. D. Tulden. *comm. hic cap. 8.* & D. Perez. *ad tit. C. de rei vind. num. 16.*

Sed si possessor) Si possessor causetur, se non posse in præsenti rem restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat, potest judex ex humanitate ei gratificari, & moderatum tempus concedere, intra quod restituat. Dissimilis ratio est in actionibus in personam, in quibus condemnato quadrimestres induciæ indulgentur, *l. ult. C. de usur. rei jud.* Quippe res aliena, quam quis penes se habet, facilis restitui potest, quàm pecunia explicari. Et ideo dixerim, interdum nec in actione personali damnato quadrimestre tempus concedendum, nempe si certa species petita, veluti actione depositi, vel commodati, cujus & præstandæ facultatem reus habeat; neque enim malitiis indulgendum est, & contra nonnunquam tanti temporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe si damnatus sit in rei petitæ æstimationem. Apud nos locum quodammodo habent induciæ triginta dierum; quod spatium judicatis largiebatur lex duodecim tabularum, teste Aulo Gellio *lib. 20. c. 1.* Idque adeo obtinere videtur in utroque genere actionum: nam utique victor saltem tamdiu expectare, partim ex humanitate, partim ex necessitate juris debet, donec tempus appellationi constitutum præterierit; appellationi, inquam, tam interponendæ, quàm introducendæ. Nam interponendæ appellationi decem dies, *auth. hodie. C. de appell.* introducendæ viginti apud nos constituti sunt. *Instr. Cur. Holl. art. 198. & 206.* Notat hoc D. Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 6. cap. 7.*

Eadem circa fructus) Est tamen nonnihil dif-

fe-

2 ferentiæ. Nam in singularum rerum petitione bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucratur, *l.* 4. §. 2. *fin. reg.* in petitione hæreditatis etiam consumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, *l.* 25. §. 11. *de hared. pet.* In illa officio judicis fructus veniunt, in hac jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *l.* 20. §. 3. *d. tit.* quam ob causam fortè mox additur Tↄ *pæne.* Malæ autem fidei possessor fructus omnes, etiam qui consumpti sunt, una cum re restituere debet, *d. l.* 40. §. 1. *l.* 29. *C. de rei vind.* teneturque adeo non de perceptis tantùm, sed etiam de iis, qui non percepti, honestè percipi potuerunt, *hoc text. l. fructus.* 33. *de rei vind.* Nec refert, ab initio quis mala fide possederit, an postea possidere cœperit, *l. bonæ fidei.* 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* Denique possessores omnes post litem contestatam pares sunt, & tanquam malæ fidei possessores tenentur, *l. sed etsi.* 25. §. *si ante.* 7. *de hær. pet. d. l.* 22. *C. de rei vind. l.* 2. *C. de fruct. & lit. expens.* Fusius hæc explicui *sup.* §. 35. *de rer. div.* & *lib.* 1. *sel. quæst. cap.* 25. & *seq.*

TEXTUS.
De actione ad exhibendum.

3. *Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, & eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cùm primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res à possessore, nihilominus condemnabitur. Praterea fructuum medii temporis, id est, ejus, quod post acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam, intercesserit, rationem habere debet judex. Quod si neget reus, cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti se exhibere posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videtur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restituturum. Quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea se exhibiturum caveat, condemnandus sit in id, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.*

NOTÆ.

3. *Ut etiam rei causam*) Id est, commoda rei externa, puta, fœtus animalium, partus ancillarum, utilitates amissæ, &c. *l.* 9. §. *pen.* & *ult. ad exhib.*

Usucapta sit) *D. l.* 9. §. 6. Usucapio ex ratione juris veteris non interrumpitur litis contestatione, *l.* 10. *l.* 20. *de rei vind.* sicut præscriptiones temporum, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 10. *C. de long. temp. præscr.* At hodie discrimen istud non obtinet, *l.* 2. *l.* 3. *C. de annal. exc.*

Sine frustratione) Id est, justa ex causa, *l.* 5. §. *ult.* ubi & justæ causæ hujus generis indicantur, *l.* 12. §. 5. *ad exhib.*

Ab initio res exhibita) Quod declaratur *l.* 9. §. *pen.* & *ult. l.* 10. & *seq. eod.* atque ob contumaciam damnatur, quanti actor in litem juraverit; alias quanti res verè est, *l.* 3. §. 2. *d. l.* 9. §. *ult. l.* 5. *de in lit. jur.*

COMMENTARIUS.

Actio ad exhibendum præcursio quædam est, & præparatio actionis in rem de re mobili: nam & propter vindicationes potissimum introducta est, *l.* 1. *ad exhib.* quamquam aliquando & personali actione & interdicto experiri volenti competit, *l.* 3. §. 1. §. *sciendum.* 6. *cum seqq.* & *passim. eod. tit.* Est autem exhibere, rei in publico potestatem facere tum videndæ tum contrectandæ, ut experiundi sit copia, *l.* 2. *eod.* experiundi non actione ad exhibendum, qua jam satis actum est, sed principali, quam actor re exhibita exequi constituit; *l.* 9. §. *quantum* 5. *eod.*

Ut rei causam) Actione ad exhibendum damnatus non rem tantùm, sed etiam causam rei exhibere debet. In re hæc sunt, ut exhibeatur res eadem, ut exhibeatur eodem jure, quo fuit, cùm petita est. Eadem res exhibita videtur, si exhibitum est idem corpus eadem specie, qua fuit tempore litis contestatæ, *d. l.* 6. §. 3. Quid si deterior facta? Ad exhibendum possessor absolvi debet. Cæterum si dolo aut culpa ejus deterior facta sit, tenebitur actione legis Aquiliæ de damno, *l. si quis.* 17. *eod. l.* 7. *C. eod.* & ibi Sich. *num* 5. & *seq.* Eodem jure, si re exhibita actori integra sit actio principalis, ut initio fuit, in nullo causa quam intendit, læsa, *d. l.* 9. *quantum* 5. *l.* 10. & *seq. eod.* Per causam rei significantur commoda rei externa, puta fœtus animalium, partus ancillarum, denique id omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore res illi exhibita fuisset, *l. cùm fundus.* 31. *de reb. cred. l. præterea.* 20. *de rei vind.* & *hoc text.* De quo mox plura.

Inter moras judicii res usucapta) *L.* 9. §. *proinde.* 6. *de exhib.* Nam ex ratione juris veteris per litis contestationem usucapio naturaliter non interrumpitur, sed pendente etiam lite impleri potest, *l.* 18. *d. l.* 20. *de rei vind.* quamvis effectu juris victo possessori non prosit: quippe qui nihilominus rem restituere tenetur. Secus erat in præscriptione longi temporis: nam quia præscriptiones temporum factæ sunt, placebat eas per litis contestationem ple-

plenè interrumpi, *l.* 10. *C. de acq. poss. l.* 1. *l.* 2. *l.* 10. *C. de long. temp. præs.* Sed hodie hæc differentia non obtinet, *l.* 2. *& l.* 3. *C. de annal. exc.* vid. *sup. de usuc.* §. *diutina.* 12.

Fructuum medii temporis) Commoda quoque rei externa, est fructus, puta fœtus animalium, item partus ancillarum, una cum exhibitione in hoc judicio veniunt, *d.l.* 9. §. *pen.* Quod tamen haud dubiè sic accipiendum, si possessor hac actione victus de re ipsa porro contendere judicio directo supersederit; cum Accursio in *d.* §. *pen.* ubi rectè monet, eodem modo accipiendos esse locos omnes, qui de restitutione ex hac actione facienda loquuntur. Nam qui rem ipsam restituere non debet, utique nec accessiones debet. Posse autem hanc actionem una cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litis tendit; ita tamen ut judex non una cognitione utramque expediat, sed prius cognoscat & pronuntiet de præparatoria, docent Oldend. *Class.* 3. *act.* 1. *q.* 7. Sich. *in rubr. C. ad exhib. num.* 8.

Tempus exhibendi causa petat) Si possessor in præsentia facultatem exhibendi non habeat, interdum ei ex causa tempus à judice indulgetur, nempe petenti sine fraudatione, & cautionem offerenti de re, cùm poterit, exhibenda. Causæ hujus generis indicantur, *l.* 5. §. *ult. ad exhib.*

Quod si neque statim) Si possessor exhibere jussus, neque exhibeat, neque se exhibiturum caveat, placet, eum condemnandum esse in id, quod actoris interest, hoc est, in id omne, quod vel habere potuit, si res ab initio exhibita fuisset. Quod declaratur *d. l.* 9. §. *pen. & ult. l.* 10. *& seq. ad exhib.* Harum autem rerum duplex officio judicis æstimatio: adversus contumacem, quanti actor, utique qui jure dominii exhiberi desiderat, in litem juraverit; adversus cæteros, quanti res verè est, *l.* 3. §. 2. *d. l.* 9. §. *ult. eod. l.* 5. *de in lit. jur.* Usus hujus actionis hodie rarior est. De quo Christin. *vol.* 2. *decis.* 191. *num.* 3.

Textus.

Familiæ erciscundæ.

4. *Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis hæredibus adjudicare debet: & si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem cohæredi certa pecunia (sicut jam dictum est) condemnare. Eo quoque nomine cohæredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hæreditarii fundi perceperit, aut rem hæreditariam corruperit, aut consumpserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque quàm duos cohæredes subsequuntur.*

Notæ.

4. *Aut rem hæreditariam corruperit*) Vel quod cohæres in rem communem necessarias impensas fecerit: quæ sunt hujus judicii præstationes personales, de quibus dictum *sup.* §. 3. *de obl. quas. ex contr.*

Commentarius.

Tritum est, sententiam debere respondere petitioni, & conformem esse libello: quod à jure non abhorret, si sanè accipiatur. Neque enim extra fines petitionis vagari sententia debet aut condemnatio in rem alienam fieri, quàm quæ in judicium deducta est, cujus judicatio judici permissa, *l. ut fundus* 18. *com. div. l. ult. C. de fideic. libert.* Gail. 1. *obs.* 66. Schneid. *in* §. *curare* 32. *sup. de act. n.* 4. Sed tamen in duplicibus judiciis id non usquequaque observatur, ut intelligemus ex adjudicationibus & mutuis condemnationibus, quæ in his judiciis permissæ.

Singulas res singulis hæredibus) Judicium familiæ erciscundæ duo continet, rerum hæreditariarum divisionem, & quasdam præstationes personales, quibus scilicet hæres hæredi propter communionem rerum obnoxius est. In rerum divisione hæc observare judex familiæ erciscundæ debet, ut res singulas singulis hæredibus adjudicet, ut hîc ait Justinianus. Quod tamen non ita accipiendum est, quasi semper & necessario hæc ratio divisionis ineatur: nam si fundi hæreditarii commodè per regiones dividi possunt, nihil impedit, quominus ita dividantur: sed quoniam in plerisque rebus hæc divisio commodissima est.

Debet hunc invicem) Cùm impar adjudicatio est, is, cujus pars præponderat, vicissim in certam pecuniam consorti damnandus est, ut æqualitas per omnia conservetur, *l. Mævius.* 52. §. 2. *l. si familiæ.* 55. *fam. ercisc.*

Eo quoque nomine) Hæres cohæredi eo quoque nomine judicio familiæ erciscundæ condemnandus est, quod solus fructus fundi hæreditarii perceperit vel rem hæreditariam corruperit, consumpseritve, vel quod cohæres in rem communem impensas fecerit, quas propter partem suam necesse habuit facere, *l. & puto.* 16. §. *pen. l. bis consequenter.* 18. §. 3. *l. hæredes* 25. §. *si unus* 15. §. *item culpæ.* 18. *l. inter cohæredes* 44. §. *quod ex facto.* 5. *fam. erc.* Atque hæ sunt hujus judicii præstationes person. de quibus fusius alibi explicatum est, *sup. de obl. quæ quas. ex contr.* §. 3. *& sup. de act.* §. *quædam* 20.

Textus.

Communi dividundo.

5. *Eadem interveniunt, etsi communi dividun-*

dundo de pluribus rebus actum sit. Quod si de una re, veluti de fundo: si quidem iste fundus commodè regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet, & si unius pars prægravare videtur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commodè dividi non possit, vel si homo forte, aut mulus erit, de quo actum sit, tunc totus uni adjudicandus est, & is invicem alterius pecunia condemnandus est.

NOTÆ.

3. *Partes ejus singulis*) Si divisio prædii sine cujusquam injuria commodè fieri possit, cuique sua portio certis finibus adjudicanda, *l. 1. C. com. div.*

Veluti si homo) Hotom. Theoph. *vel si homo*, quod magis placet. Ut si sensus, si res aut non commode, aut non omnino partes pro diviso recipiat, veluti si agatur de servo, aut jumento, totam uni adjudicandum, eumque alteri certa pecunia condemnandum, *l. 3. C. eod.*

COMMENTARIUS.

JUdicium communi dividundo, ut fine eodem, ita iisdem rebus constat, quibus judicium familiæ ercifcundæ, rerum scilicet communium divisione, & iisdem præstationibus personalibus, *l. 3. com. div.* Atque hinc & in divisione rerum, in earum adjudicatione & condemnatione mutua, & in præstationibus personalibus, idem in hoc quoque judicio observatur, *d. l. 3. l. 6. §. 1. & seqq. eod.*

Quod de una re) Cùm de re una dividenda agitur, siquidem ea commode dividi potest, veluti fundus per regiones, singulæ singulis portiones adjudicandæ, & si cujus portio major esse videbitur, is vicissim socio in certam pecuniam condemnandus, *l. 1. C. com. div.* Quod si res partes pro diviso non recipiat, veluti si agatur de servo aut æquo, aut non commode recipiat, tota uni adjudicanda est, & is alteri certa pecunia damnandus, *l. 3. C. eod. tit.*

TEXTUS.

Finium regundorum.

6. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex, an necessaria sit adjudicatio: quæ sanè uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quàm olim fuissent distincti: Nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc judicio, quod fortè circa fines aliquid malitiosè commisit; verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur: veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.

NOTÆ.

6. *Furatus est*) Vel terminos ejecit, loco que movit, aut exaravit. Et potest judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l. 4. §. 1. eod.*

Contumaciæ quoque nomine) *D. l. 4. §. 3.* Condemnabitur autem contumax in id, quod adversarii interest. Nam mulctam irrogare magistratus est, non pedanei judicis.

COMMENTARIUS.

JUdicium finium regundorum rarius admittit adjudicationes & condemnationes mutuas quàm judicia superiora: quia in judicio finium regundorum de agris tantùm & fundis agitur, qui facile per regiones dividi possunt. Deinde quia apud judicem finium regundorum non agitur de re communi, ut ea dividatur: sed de re, quam quisque suam esse contendit, ut finibus ad normam suam redactis, quod quisque intra fines istos habet, id totum retineat; si quid amplius, id vicino restituatur, *l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1. fin. reg.* quo intuitu actio finium regundorum dicitur pro vindicatione esse, *l. 1. eod.*

Uno casu necessaria) Si de finibus constet per evidentes & manifestos limites, judicis officium est eos custodiri. Si turbati sunt, aut obscurati, ita tamen ut eorum vetera vestigia appareant, à judice renovandi, & evidentius distinguendi sunt, *l. 3. de term. mot. c. ex litteris, 3. x. de probat.* Quod si nulla veterum finium vestigia appareant, nec probari possint, novi fines ex consilio agrimensorum constituendi, *l. 2. §. 1. l. 3. l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod.* Mynſ. *6. obs. 27.* Uno autem casu permittitur adjudicatio, si videlicet fines rectè dirigi non possunt, vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem; & ideo aliis finibus evidentioribus agrum distingui expediat. Nam cùm hic necesse fit ex unius agro partem aliquam detrahi, & alterius agri domino adjici, res transigenda adjudicatione & condemnatione, *d. l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. eod.* De probatione finium adeundi Hieron. de Monte *tract. fin. reg. c. 50. & seqq.* Mynſ. *6. obs. 25.* Wesemb. *per hoc tit. n. 7.* Christin. *vol. 2. decis. 183. n. 5. & seq.*

Evidentioribus finibus) Quippe publicè interest, evidenter distinctos esse agrorum terminos. Ovid. *2. Fastor. v. 660.* de Deo Termino:

Omnis erit sine te litigiosus ager.

Circa fines aliquid malitiosè) Duo hìc ait Justinianus: primum, eum quoque hoc judi-

dicio condemnandum, qui quid malitiosè circa fines admisit, puta lapides finales furatus est, arbores finales excidit; deinde hoc eodem judicio etiam contumaciæ nomine condemnationem fieri, veluti si quis mensorem missum ad declarandos terminos metiri, agrum non patiatur. Solent enim judices in lite finium dirimenda uti arte & opera agrimensorum, *l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod.* Hieron. de Monte *d. tract. c. 31. & seq.* Mynſ. *5. ob. 27.* Christin. *vol. 2. dec. 184. & seq.* Quod de contumacia hic dicitur, idem traditur apud Ulp. *l. 4. §. 3. eod.* In quid igitur condemnabitur contumax? In id scilicet, quod adversarii interest. Nam multam irrogare, quæ pœna esse solet contumaciæ, non pedanei juris, sed magistratus est. De delictis admissis circa fines, veluti de terminis dejectis, vel exaratis, lapidibus amotis, arbore terminali excisa, judicium criminale constitutum est de termino moto, *tit. de term. mot.* Et potest quidem judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l. 4. §. si dicantur 4. fin. reg.* Sed è converso judex, qui cognoscere cœpit de finibus, non poterit cognoscere de crimine, & delinquentem extra ordinem coërcere: juxta *l. 5. & l. 3. de term. mot.* Neque ea mens Justiniani est, sed hæc, delinquentem etiam hujus admissi nomine à judice finium regundorum civiliter adversario suo condemnandum esse quanti is sua interesse juraverit: vel etiam, ut quod pendente quæstione finali ex fundo vicini occupavit prolatis finibus, id ei cum altero tanto de suo agro reddat, *l. 4. C. fin. reg.* Atque hæc civilis condemnatio non impedit, quominus adhuc criminaliter atque extra ordinem agi possit de termino moto. Hieron. de Monte *d. tract. c. 34. & seq.* D. Tulden. *comm. hic, cap. 6.*

Lapides finales) Sive terminales, qui & grumi: *οἱ τῶν ὅρων λίθοι, οἱ διορίζοντες τοὺς ὅρους λίθοι*, qui fines & terminos distinguunt.

Textus.

De adjudicatione.

7. *Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.*

Notæ.

7. *Ejus fit, cui adjudicatum*) Adjudicatio modus est acquirendi dominii jure Quiritium. Ulp. *tit. 19. §. 15.* Quod si per errorem de fundo alieno quasi de communi actum, & ex adjudicatione possidere cœpero, procedit mihi usucapio, *l. 17. de usuc.*

Commentarius.

Quod in tribus istis judiciis familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, uni ex cohæredibus, sociis aut vicinis adjudicatum est, id illi statim acquiritur, ut hic scribit Justinianus, & disertè quoque testatur Ulpianus in *fragment. tit. 19. §. adjudicatione 15.* Quæ res magni erroris causam præbuit interpretibus. Hinc enim inferre & probare vulgo solent, ex sententia judicis dominium transferri: quod à veritate abest quàm longissimè; neque aliunde apertius hic error convincitur, quàm ex hoc ipso & d. Ulpiani loco. Nam cùm tam Imperator quàm Jurisconsultus scribat, in tribus istis judiciis quod adjudicatum fuerit, statim ejus fieri, cui adjudicatum est, hoc ipso satis uterque significat, in aliis judiciis non idem juris esse, neque eam esse auctoritatem cujusvis sententiæ judicis, ut dominium in aliquem transferat. Quid enim haberent speciale tria ista judicia, si idem jus esset in omnibus cæteris? Sed neque existimandum est, in istis tribus vi & potestate sententiæ fieri, ut dominium in unum transferatur, sed totum hoc pendet à potestate adjudicationis, quàm lex duodecim tabularum unum esse voluit ex modis acquirendi dominii jure Quiritium relatis apud Ulp. *d. tit. 19.* Cùm verò extra ista judicia adjudicationi locus non sit, sequitur, nec in aliis judiciis dominium per sententiam transferri. De quo latè Ant. Fab. *dec. 98. err. 7. & seqq.* Vinn. qui vulgaris error etiam eo argumento profligatur, quod, si dominium ex sententia judicis transferretur semper, necessario actionem judicati oporteret esse realem, quia rem suam extra conditionem furtivam nemo condicit, *§. 14. Inst. de action. l. ult. ff. usufr. quemadm. cav.* Atqui personalem eam actionem esse inter omnes constat. Hein.

TI-

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.
DE PUBLICIS JUDICIIS.

Dig. Lib. 48. *Tit.* 1.

Ratio hujus tractationis.

ABsoluta pro modo instituti operis ea parte juris, cujus solius tractatio suscepta est, scilicet tractatione juris privati, attexit Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publico, ea videlicet illius juris parte, quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirum aliquid accessionis nobis dare: quamquam parcè dedit, indicatis tantum fontibus, unde plura haurire liceat: nec largius dare debuit, quia est præter institutum, & velut quidam excessus. Quamobrem & nos in hac appendice explicanda solito erimus breviores; maximè cùm jam commentarii nostri in satis magnam molem excreverint.

TEXTUS.
De differentia à privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quicquam simile habent cum cæteris judiciis, de quibus locuti sumus: magnaque diversitas eorum est & in instituendo & in exercendo.

NOTÆ.

Neque per actiones ordinantur) Id est, non constituuntur & exercentur per actiones ordinarias, sicut judicia privata.

Magna diversitas & in instituendo) De veteri ordine exercendorum judiciorum publicorum, Car. Sigon. *lib. sing.* Nic. Grueh. 1. *de com. Rom. c.* 2. Brisson. 2. *select. Aut. c.* 1. Postea extra ordinem exerceri cœperunt, durante tamen legum pœna, *l.* 8. *de publ. jud. l.* 1. *§. ult. l.* 13. *de pœn.* & in crimen subscriptione, *l.* 3. *ff.* 2. *de accus. l. ult. C. eod.* Cujac. 8. *obs.* 33.

COMMENTARIUS.

JUdicia privata quomodo constituantur & exerceantur, intelligi potest ex iis, quæ dixi sub *pr.* & §. 1. *de act.* Publicorum judiciorum exercendorum longè alia ratio est, & longè alia hæc etiam apud veteres fuit, quàm tempore mediæ Jurisprudentiæ. De veteri forma & ordine adeant antiquitatis studiosi Carol. Sigon. *lib. Sing.* Nicol. Gruch. *lib.* 1. *de comit. Rom. c.* 2. Barn. Brisson. *lib.* 2. *select. antiq. c.* 1. qui de eo ex professo scripserunt. Postea vetus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum in usu esse desiit, & de criminibus publicis extra ordinem præfecti vel præsides cognoscere cœperunt, durante tamen pœna legum, *l.* 8. *de publ. jud. l. in Senatusconsultum* 15. §. 1. *ad Senatusc. Turp. l.* 1. §. *ult. l. hodie* 13. *de pœn.* Illud etiam mansit, ut is, qui accusare paratus est, ad eum, cui judicii publici exercitio obtigit, rei nomen deferat, idque recipi postulet, & qua lege eum reum faciat, profiteatur: deinde & in crimen subscribat, id est, interprete Ulp. *l.* 3. §. 2. *de accus.* libello subscribat, se professum esse: quæ res similitudine supplicii eum obstringit, *l. ult. C. d. tit. l. ult. C. de calumn.*

TEXTUS.
Etymologia.

1. *Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.*

NOTÆ.

1. *Quod cuivis ex populo*) Exceptis iis, quibus hæc potestas jure publico adempta, *l.* 43. §. 10. *de rit. nup.* junct. *l.* 8. *l.* 9. & *seqq. de accus.* Addendum, & quia causæ sunt publicæ. Nam & popularis actio publica dicitur, eo quod cuivis è populo patet: privata tamen est respectu causæ, *l.* 30. §. 3. *de jurejur.* junct. *tit. de pop. act.*

COMMENTARIUS.

1 *Libertatem accusandi hodie sublatam.*
2 *Criminalia judicia nunc omnia publica facta.*

CUivis ex populo) D. Hotomannus contra ideo hæc judicia publica dici existimat, quia causæ publicæ sunt, quæ æquè & universè ad omnes pertineant. Sanè si ratio quæritur, cur hæc potissimum judicia publica facta sint, eorumque persecutio cuivis è populo permissa, probabile est, id ex eo natum, quod in his judiciis agitur de delictis, quæ maximè ad læsionem & turbationem status publici pertinent, Duar. *l.* 1. *disp.* 37. Charond. 3. *verisimil. c. ult.* add. Cujac. 8. *observ.* 33. Bene Chrysost. *Homil. ad Antioch.* Κοινὸν ἐστι τὸ ἔγκλημα, δημόσιον τὸ ἀδίκημα, ἔξεστιν ἑκάστῳ τῶν βουλομένων κατηγορεῖν.

Plerumque) Pro *fere* dixit, illud significans, quod Ulp. *l. palam* 42. *ff. senatus* 10. *de rit. nupt.* scribit, publico judicio, cuivis ex populo experiri licere, nisi si cui lege aliqua accusandi publico judicio non est potestas. Intel-

telligit autem eos, qui enumerantur *l. 8. l. 9. & seq. de accus.* Hodie hæc libertas accusandi sublata est, neque amplius quilibet è populo ad accusationem admittitur, sed soli advocati procuratoresve fisci aut Balivi jus accusandi & crimina persequendi habent, ubi vindicta publica agitur. Quod politici judicant rectius constitutum esse ad retinendam civium inter se concordiam. Nam nullus privatus civis potest accusatoris personam sibi sumere absque maxima invidia & odio ejus, cui diem dixerit, ex qua re facile seditiones oriuntur inter cives. Quod incommodum præclarè vitatum est, universo hoc accusandi munere demandato publicæ alicui personæ. Sed & hodie omnia judicia criminalia publica videntur: nam videmus, in omnibus fere criminibus nunc per inquisitionem procedi, quæ nota videtur publicorum judiciorum & accusantibus procuratoribus fisci aut Balivis crimina quævis exerceri, veluti furti, bonorum raptorum, &c. Clar. *lib. 5. §. 1. n. 6.* idem de jure Canonico affirmat ex *Gloss. in cap. infames 6. quæst. 1.*

TEXTUS.
Divisio.

2. *Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera, si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, sed non capitalia.*

NOTÆ.

2. *Ultimo supplicio*) Ultimum supplicium mortem solam interpretamur, *l. 21. de pœn.*

Cum damno pecuniario) Aut in corpus aliqua coercitione, *d. l. 2. hoc tit.* Exempla sunt in *§. 4. & §. 8. inf. eod.*

COMMENTARIUS.

Capitalia dicimus) Quamvis caput in jure civili alias vitam, alias libertatem, alias civitatem, alias familiam, alias existimationem significet, *l. licet 130. de verb. sign.* in hoc tamen argumento capitis verbo tantùm vita, civitas, & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum civem vel morte afficit, vel de civitate tollit, servitute, exilio, sive deportatione, ea capitalia rectè nominantur, *l. 2. hoc tit.* Ultimum autem supplicium esse mortem solam interpretamur, *l. ultim. 21. de pœn.* Sanè interdum etiam nostrum id solùm capitale vocant, cujus non alia pœna quàm mors est; sed κατ' ἐξοχὴν, *l. 4. de pœn. l. transigere 18. C. de transact.* Qui gradus sit capitalium criminum, docet *l. capitalium 28. de pœn.*

Infamiam cum damno pecuniario) Tale judicii publici non capitalis exemplum est in *§. 4.* & item in *§. item lex Julia 8. §. inf. eod.* Interdum & in corpus aliqua coërcitio pœna est, *d. l. 2. hoc tit. in fin.* Sive autem capitalia sint, sive non sint, famosa semper sunt, hoc est, damnatum publico judicio semper sequitur infamia.

TEXTUS.
Exempla, de læsa Majestate.

3. *Publica autem judicia hæc sunt. Lex Julia majestatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit. Cujus pœna animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.*

NOTÆ.

3. *Animæ amissionem*) ψυχῆς ἀπώλειαι. *Anima* pro *vita*. Sallust. *Catil. cap. 20. Libertas & anima nostra in dubio est.*

Memoria rei post mortem damnatur) Rei sc. perduellionis, qui quid hostili animo adversus rempubl. vel Principem machinatus est: secus est, si quis ex alia causa majestatis reus sit, *l. ult. eod. l. 24. de pœn.*

COMMENTARIUS.

1 *Quadruplex differentia inter crimen perduellionis & majestatis in specie.*
2 *Specialia circa pœnam hujus criminis.*

De solo crimine perduellionis, videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo sunt genera criminis læsæ majestatis: unum perduellionis, quod est crimen imminutæ majestatis & gravissimum & atrocissimum, puta si quis hostili animo quid machinetur adversus Principem aut rempublicam: alterum, quod generis nomen retinet, & majestatis vocatur, si quis ex alia causa legis reus fit. Utriusque exempla suppeditat *l. cùm 3. ll. seqq. ad leg. Jul. majest.* Quadruplicem autem inter majestatis & perduellionis crimina differentiam notat D. Hotomannus. Prima est, quod majestatis crimine tenentur ii, qui vel partem aliquam reip. læserunt; veluti si quis duces hostium accepta pecunia liberavit, aut privatus duces hostium domi suæ occultavit, (quod tamen merito perduellioni adscribendum putavit vir Cl. Ant. Matth. *de læsa majest. cap. 2. num. 3. lib. de crimin.*) aut si quis magistratui pro officio suo aliquid agenti officiat. Perduellionis autem crimen in eos cadit, qui summam reipubl. labefactare conati sunt. Altera differentia est, quod majestatis crimen in foro apud suum prætorem pro tribunali ju-

dicio certa lege constituto agebatur, ut ex *Verrin.* 3. & 7. cognoscitur. Perduellio verò primis quidem temporibus à Duumviris data opera creatis; post autem à Pop. Rom. Comitiis centuriatis in campo Martio cognoscebatur, ut ex ea pro C. Rabirio perduellionis reo constat. Et Livius *lib.* 6. de Manlio Capitolino regnum affectante refert: Duumviros, qui de perduellione inquirerent, creatos. Tertia, quod majestatis crimen non morte, sed exilio mulctabatur, *l. eorum* 24. *de pœn.* perduellionis verò damnatus, in crucem in campo fixam tollebatur, ut ex *ead. orat.* Cic. & ex Dione *lib.* 37. cognoscitur. Quartam differentiam Ulp. ostendit *l. ult. ad leg. Jul. majestat.* ubi ait, majestatis imminutæ crimen rei morte obliterari: perduellionis autem memoriam etiam post mortem damnari. Hodie hoc discrimen appellationis non ita strictè observatur; sed omnes, qui adversus principem aut statum reipublicæ quibuscumque modis aliquid moliuntur, promiscuè rei majestatis dicuntur, & omnium eadem est pœna, nimirum capitis. Mynf. *hic, num.* 5. & 6.

Et memoria rei) Multa circa pœnam hujus 2 criminis propter atrocitatem specialiter constituta sunt, quæ passim ab aliis congeruntur. Unum aliud est, quod mortuo quoque reo, & nondum postulato, crimen hoc inchoari & peragi possit, damnataque rei memoria bona fisco vindicentur, *l ult. ad leg. Jul. majestat. l. ult. C. eod. l. antepen. de accus.* cùm regulariter, qui in reatu decedunt, integri status decedant, & crimen mortalitate extinguatur. Eadem quoque severitate voluntas seu conatus hujus sceleris, qua effectus punitur, *l.* 5. *C. eod.* & conscii, qua auctores ipsi, *l.* 3. *C. eod.* Illud autem durum & crudele videtur, quod ob paternum crimen etiam liberi plectantur, perpetua nimirum egestate & infamia, *d. l.* 5. *C. eod.* Sane legi divinæ & veræ justitiæ hoc repugnat, per *c.* 14. *lib.* 2. *Reg.* & *c.* 25. *lib.* 2. *Chronic.* nec omnino temere est, quod D. Budæus in *annotat. in tit. π'. ad leg. Jul. majest.* existimat, auctores *d. l.* 5. Arcadium & Honorium pœnitentia postea ductos promulgasse sanctissimam illam constitutionem, quæ extat in *l. sancimus* 22. *C. de pœn.* add. Pet. Fab. 3. *semestr.* 8. Covar. 2. *resolut.* 8. & *Nai vai* D. Anton. Matth. *de criminib. ad tit. D. ad leg. Jul. majestat. cap.* 3. *n.* 10. VINN. Immo ad d. legem intelligendam præ cæteris facit singularis Jac. Gothofredi commentatio, cui jungendus luculentus collegæ olim conjunctissimi, Nic. Hieronymi Gundlingii Commentarius *de Crimine majestatis*, ubi & de usu dirissimæ legis multa haud proletaria occurrunt. HEIN.

TEXTUS.
De adulteriis.

4. *Item lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non solùm temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, quum quis sine vi vel virginem vel viduam honestè viventem stupraverit. Pœnam autem eamdem lex irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum: si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.*

COMMENTARIUS.

1 *Inter stuprum & adulterium quid intersit?*

ADulterium est alieni thori violatio, sive coitus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantùm committitur, *l.* 6. §. 1. *l. stuprum* 34. §. 1. *h. t. ad leg. Jul. de adult. fac. l.* 1. *C. eod. l. inter stuprum* 101. *de verb. sign.* & hoc textu adulteri *χειροφραγικὰς* dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc à Sacra Scriptura veteris testamenti abhorrere quidam existimant, per text. *Lev.* 20. *vers.* 10. *Deut.* 22. 22. *Gen.* 23. Jure autem Canonico adulterium committi intelligitur, sive solutus cum conjugata rem habeat, sive conjugatus cum soluta, aut conjugatus cum conjugata, *can. nemo* 34. *quæst.* 4. *can. non mœchaberis* 15. *can. præcepit.* 19. *cum seqq. quæst.* 5. & hanc sententiam omnes fere Theologi amplectuntur, per text. *Matth.* 19. *vers.* 9. *Marc.* 10. *Lucæ* 16. 18.

Gladio punit) Hæc pœna non est ex lege Julia, sed ex *l. quamvis* 30. *C. h. t.* quæ Constantini est. Pœna autem legis Juliæ relegatio fuit, ut constat ex Tacito *lib.* 1. 2. & 3. *annal.* & non obscurè probat *l.* 5. *de quæst.* Certè capitalem non fuisse, arguunt *l.* 16. *de divort. l.* 11. *h. t. l.* 14. *de testib. l.* 13. *de his quæ ut indign.* & ipse Justinianus hanc pœnam Constantino tribuit *Nov.* 134. *cap.* 10. Divus Augustin. *lib.* 3. *de civ. Dei*, disertè scribit, Romanos adulteras fœminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte mulctasse. Ut dubitandum non sit, quin *l. transigere* 18. *C. de transact.* & *l.* 9. *C. hoc titul.* interpolatæ sint à Triboniano. Cæterum adscribitur legi Juliæ etiam ea pœna, quæ postea sancita est, quia ea lex primum de crimine & pœna adulterii serio & plenè caverat. Legibus Mosaicis adulterium item capitale est, & tam mœchus, quàm adultera morte puniuntur, *Levitic.* 20. 10. *Deut.* 22. 22. Apud nos qua pœna adulteri afficiantur, disces ex *Ordinat. Polit. art.* 15.

&

& seqq. add. Groenevv. *de legib. abrog. hic.*

Cum masculis nefandam libidinem) *L. cum viv.* 31. *C. h. t.* quæ est Constantii & Constantis. Præposteræ Veneris seu παιδεραστίας, & Sodomiticę turpitudinis pœna nunc fere concrematio est. Damhoud. *prax. crim. c.* 96. Clar. §. *Sodomia*, *n.* 4. Gudelin. *de jur. nov. lib.* 5. *c.* 18.

Stupri flagitium) Lege Julia non modo de adulteriis, sed etiam de stupris cavetur, *l.* 6. §. 1. *h. t.* uti Papinianus ait, legem stuprum & adulterium promiscuè appellare: sed propriè adulterium in nuptam committi; stuprum verò in viduam virginemve, quod Græci φθορὰν appellant: & ita quoque fere Modestinus in *l. inter stuprum* 101. *de verb. sign.* Idem Modestinus in *l. stuprum* 34. §. 1. *h. t.* adulterium in nupta admitti ait, stuprum in vidua, vel virgine, vel puero. Quod autem Papinianus *d. l.* 6. §. 1. & Modestinus *d. l. inter stuprum* 101. ajunt, legem Juliam promiscuè & indifferenter his appellationibus uti, hoc non ita accipiendum est, quemadmodum accepit D. Hotomannus, quasi & verbum adulterii extra conjugatos usurpatum esset: sed quod stupri nomine etiam adulterium notatum: nimirum stuprum & generis nomen est, & speciei: quod in nuptam committitur, etiam proprium nomen habet, & adulterium dicitur: quod in virginem, viduam, puerum, generis nomen retinuit, & stuprum propriè dictum est.

Honestè viventem) Σεμνὴν. Nam consuetudo cum ea, quæ corporis sui copiam passim facit, stuprum non est, sed simplex πορνεία, sive fornicatio, quæ Romanis legibus non puniebatur, *l.* 22. *C. h. t.* Pro stupro quoque non habebatur, consuetudo cum concubina, propterea quod concubinatus jure Romano permissus erat. Et hoc est, quod Modestinus scribit, stuprum committere, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii, secum habeat, excepta concubina, *l. stuprum* 34. *pr. hoc tit. fac. l.* 3. *pr. de concub.*

Stupratoribus, si honesti sunt) Stupri damnatus, si honestæ existimationis fuit, dimidia parte bonorum mulctatur: si turpis, verberatus relegatur. Sic cum D. Hotomanno interpretor illud, quod de honestis aut humilibus hic dicitur, propter *l.* 7. *C. de incest. nupt.* Lex Attica stupratorem ita mulctabat, ut vel duceret puellam, vel dotaret. Lex Mosaica, ut & duceret & dotaret. *Deut.* 22. 29.

Textus.

De Sicariis.

5. *Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro prosequitur, vel eos, qui homines occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Cajus noster ex interpretatione legum duodecim tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, sed & nunc omne significat, quod manu cujusque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum, & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur; dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, à Græca voce τηλοῦ figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant, ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon: nam ita scribit; καὶ τὰ βέλη ἐφέροντο, λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur à sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quàm susurris magicis homines occiderint; vel mala medicamenta publicè vendiderint.*

Notæ.

5. *Ultore ferro*) Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: & exigit hoc lex divina. *Exod.* 21. 12. *Lev.* 24. 17. Pœna autem legis Corneliæ deportatio fuit & bonorum omnium ademptio: quamquam postea humiliores capite puniti, *l.* 3. §. *pen. l. pen. hoc tit.*

Admonet nos Xenophon) Ita rectè legitur, ut & in *d. l.* 233. §. 2. *de verb. sign.* unde hic locus descriptus est. Theoph. τοῦτο δὲ μάρτυρ Ξενοφῶν οὕτω γράφων. Denique subjecta verba Xenophontis esse agnoscuntur ex *lib.* 5. ἀναβάσ. Haloander in *Xerolopho*. Ξηρόλοφος locus erat celeberrimus urbis Constantinopol. de quo digna quædam notatu Petr. Gyll. *lib.* 4. *de topograph. Constantinop. cap.* 1.

A sica) Romani, teste Suida, τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη, *incurvos gladios* sicas appellant. Per abusionem tamen sicarios omnes vocamus, qui cædem telo quocumque commiserunt. Quint. *lib.* 10. *cap.* 1.

Susurris magicis) Incantationibus, γοητείαις. *Nov.* 115. *c.* 4. quo referenda illa legis duodecim Tab. *Qui malum carmen incantassit. Qui fruges excantassit*, &c. Vid. Plin. *lib.* 28. *c.* 2. Augustin. 8. *de civ. Dei* 19.

Commentarius.

Justinianus hoc loco pœnam mortis tribuit legi Corneliæ de sicariis; ut superiore §. legi Juliæ de adulteriis. Pœna enim legis Corneliæ deportatio fuit in insulam, & omnium bonorum ademptio. Sed more judiciorum temporibus Marciani & Modestini, honestioris loci homines deportabantur: sequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id

id est, morte: humiliores etiam bestiis subjiciebantur, *l. 3. §. pen. in fin. l. pen. h. t. ad leg. Corn. de sicar.* Paul. *5. sent. 23.*

Ultore ferro) Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: nam pœna capitis jam tum indistinctè homicidæ puniebantur: quæ pœna hodieque manet, quod eam etiam exigat lex divina. *Exod. 21. 12. Lev. 24. 17.*

Qui hominis occidendi causa) Lege Cornelia de sicariis non tantùm homicidæ, sed etiam qui hominis occidendi causa cum telo fuerint, tenentur, *l. 1. pr. eod.* Existimare licet, Cornelium Syllam hanc legem tulisse post sævissimam civium proscriptionem, atque ut tamdem finem imponeret cædibus, quæ tum passim impunitæ, gravitate pœnæ etiam à conatu homines deterrere voluisse. Hodie generali consuetudine huic parti legis derogatum est, nec jam conatus aut delictum non consummatum amplius pœna legis ordinaria plectitur, teste Claro *lib. 5. §. ult. q. 29.* Ant. Matth. *de crim. c. 3. num. 10. & seq. D. h. t.* Sand. *lib. 5. tit. 9. defin. 11.*

Telum autem) Hic locus descriptus est ex Cajo *l. si calvitur 233. §. 2. de verb. sign.* & est satis planus. Cæterum non dubito, quin lex Cornelia teli appellatione etiam gladium & vel maximè intellexerit: quamvis propria teli significatio, quæ hic indicatur, gladio non conveniat.

A fica quod significat ferreum) Romani teste Suida, τὰ ἐπικαυτῆ ξίφη, incurvos gladios, ficas vocant. Erat autem fica genus gladii brevioris, Persici fere acinacis magnitudine, ut commodè sub vestibus occultari potuerit: quod ex Josepho *lib. 1. Antiq.* discimus. Per abusionem autem omnes sicarios vocaverunt, qui cædem telo quocumque commisissent, auctore Fab. *lib. 10. c. 1.*

Venefici) Venefici dicuntur & qui veneno homines occidunt, quod plus est, quàm occidere gladio, *l. 1. C. de malef.* & qui artibus, sive, ut hic ait Justinianus, susurris magicis: ad cujusmodi susurros referenda illa legis 12. tabularum: *Qui malum carmen incantassit: Qui fruges excantassit. Neve alienam segetem pellexeris.* Item illud Virgilii, *Eccl. 8. v. 99.*

Atque satas alio vidi traducere messes.

& id genus alia, quæ superstitio mortalium vi magici carminis effici posse credidit: vid. *l. 4. & l. 7. C. de malefic.* Plin. *lib. 28. c. 2.* Augustin. *lib. 8. de civ. Dei, c. 19.* Sed verissimè Seneca *lib. 4. nat. quæst. 7. Rudis*, inquit, *adhuc antiquitas credebat, & attrahi imbres cantibus, & repelli; quorum nihil posse fieri tam palam est, ut hujus rei causa nullius philosophi schola intranda sit.* Ego sanè sic persuasum habeo, multa nimis temere credi, & veneficis sagisve falso affingi; multa per tormenta exprimi, quorum nihil unquam factum, atque incantationum prætextu plerumque homines insontes ignibus tradi; quo supplicii genere pridem sagæ affici cœperunt. Extat memorabile arrestum Senatus Parisiensis pro Valdensibus Atrebatensibus, *les Vandois d' Arras*, editum 20. *die Maii* 1491. quo amplissimus ordo testatur, nihil se in accusatione eorum animadvertere potuisse præter meras sycophantias. VINN. Egregium Vinnii testimonium, quod illos merito dare deberet in ruborem, qui etiamnum hujusmodi anilibus fabellis oblectantur. Errorem hunc vulgarem masculè in Germania oppugnavit Vir Celeberrimus Christianus Thomasius in variis scriptis *de crimine magiæ*, quæ quamvis bilem multis moverint, tamen tantam attulerunt utilitatem, ut iis locis, ubi antea frequenter rogi accendebantur, hodie vix sagarum nomen in foris audiatur. HEIN.

TEXTUS.

De parricidiis.

6. Alia deinde lex asperrimum crimen nova pœna persequitur, quæ Pompeia de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut si quis parentis aut filii, aut omnino affectionis ejusque nuncupatione parentum continetur, fata præparaverit, (sive clam, sive palam id ausus fuerit) nec non is, cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, pœna parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque ulli solemni pœnæ subjiciatur, sed insutus culleo cum cane & gallo gallinaceo, & vipera, & simia, & inter eas ferales angustias comprehensus (secundùm quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur: ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, & ei cœlum superstiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.

NOTÆ.

6. *Asperrimum crimen*) Nefas ultimum vocat Seneca *1. de Clem. 23.*

Neque gladio) Legis tamen Pompeiæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit, nisi quod hæc etiam conscios sceleris puniret, *l. 1. l. 6. eod.*

Insutus culleo, &c.) *D. l. un. C. de his, qui par. vel lib. occid.* Prius tamen virgis sangui-

neis

neis cæsus, *l. pen. eod.* De pœna cullei Cic. *in ea pro Sexto Roscio.* Sen. 1. *de clem.* 15. Juven. *satyr.* 8. Etiam aliud supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. 5. *sent.* 24.

COMMENTARIUS.

Hic quoque idem fere accidit quod superius, nimirum ut pœna cullei adscribatur legi Pompeiæ, quæ tamen moribus majorum instituta est, *l. 9. pr. h. t. de leg. Pomp. de parric.* adeoque diu ante legem Pompeiam, ut ex oratione Cicer. *pro Rosc. Amerin.* constat, atque in eum tantùm, qui patrem, matrem, avum, aviam occidit: si quis alios occiderit, pœna legis Corneliæ de sicariis plectitur, *l. 1. d. l. pen. §. 1. h. t.* Constantinus & filios adjecit, *l. un. C. de his qui par. vel lib. occid.* quod & ipsum Imperator hoc loco attribuit legi Pompeiæ. Legis autem Pompeiæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit: nec alia inter personas, quæ utraque lege continentur, differentia fuit, nisi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeia certas personas coerceret, & quod hæc etiam conscios sceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, *l. 6. eod. & hoc text.*

De parricidiis) Parricida propriè dicitur, teste Charisio *lib.* 4. qui patrem occidit, quasi patricida, aut per syncopen quasi parenticida. Sæpe tamen idem verbum pro quavis ἀνδροφονίᾳ. Romani usurpant: quod & Plutarchus *in Romulo* observavit. Sic quæstores parricidi, appellati quæstores rerum capitalium: & clausula, *Parricida esto*, in omni re capitali ponebatur. Cic. 2. *de legibus. cap. 9. Sacrum sacrove commendatum qui clepserit rapsitve, parricida esto*, id est, *capital est.* Sed fortassis hic consuetudo scribendi R geminavit, cùm unico scribendum fuerit: de quo ita Festus in verb. *Parici quæstores. Paricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem*: in quam rem citat legem Numæ his verbis compositam; *Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricida esto.*

Aut affectionis) Ita omnino legendum, non ut vulgo *affinitatis*, per *l. un. C. h. t. & l. un. C. Theod. eod.* Nam qui socerum, socrum, vitricum, novercam, generum, &c. necavit, etsi ultimo supplicio, non tamen acerrima cullei pœna afficitur, *l. pen. eod. & hoc text. in fin.*

Sed insutus culleo cum cane, &c.) Supplicium parricidæ est, ut virgis sanguineis verberatus, ac mox culleo insutus cum cane, gallo gallinaceo, vibera, & simia, in mare aut profluentem projiciatur. Cic. *in ea pro Sext. Rosc. cap.* 11. de culleo solo loquitur, sed Sen. *lib.* 1. *de clem. c.* 5. etiam serpentis meminit: Juvenalis serpentis item & simiæ, *satyr.* 8. Verisimile est, Constantinum canem & gallum gallinaceum addidisse. Quæ tamen omnia Tribonianus legi Pompeiæ tribuit; Modestinus à Triboniano interpolatus, mori majorum, *d. l. pen. pr. h. t.* Aliud quoque supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. *lib.* 5. *sent.* 25. ut parricida vel vivus combureretur, vel bestiis objiceretur. Pœna cullei hodie in usu esse desiit, Ant. Matth. *ad hunc tit. c. 2. n. ult.* Groenevv. *de ll. abr. hic.* Sande *lib. 5. tit. 19. defin.* 3. Gudel. *de jur. nov. lib. 5. c.* 17. ubi & de vario genere supplicii, quo nunc parricidia puniri solent.

Omnium elementorum usu) Quid mysterii sit in pœna cullei, ostendit Cic. in *d. orat. pro Sext. Rosc.* & Theophil. hìc Leucipp. 3. ἵνα μὴ τὴν ψυχὴν μόνον ἀπολέσῃ, ἀλλὰ καὶ τὴν ταφήν. Eodem pertinet illud Quintiliani *declam.* 299. *Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto sepulcrum negat.* Et Ovid. *lib.* 8. *Metamorph. v.* 97.

Dii te summoveant, ô nostri infamia secli,
Orbe suo; tellusque tibi pontusque negetur.

TEXTUS.

De falsis.

7. *Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui testamentum vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit, vel signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit, sciens, dolo malo. Ejusque legis pœna in servos ultimum supplicium est, quod etiam in lege Cornelia de sicariis & veneficis servatur: in liberos verò deportatio.*

NOTÆ.

7. *Ejusque legis pœna*) Ex Marciano *l.* 1. §. *ult. eod.* adde Paul. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

Testamentaria vocatur) *L. 30. h. t. ad l. Corn. de fals.* Paul. 5. *sent.* 25. Ex eo autem fortassis sic appellata est, quod majore ejus parte de falso in testamento commisso caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis cavebatur. Cicer. *Verrin.* 3. *Cornelia testamentaria, nummaria, cæteræ complures, &c.*

Vel aliud instrumentum) Hoc ex Senatusconsulto Liboniano adjectum legi Corneliæ Cujacius existimat: legem enim ipsam tantùm de nummis & testamentis falsis cavisse.

Scrip-

Scripserit, signaverit, &c.) Apud Paulum *d. loc.* additur, *amoverit, resignaverit, deleverit, qui re nummos aureos, argenteos adulteraverit, laverit, conflaverit, raserit, corruperit, vitiaverit, vultave Principis signatam monetam præter adulterinam probaverit, l. 1. l. 2. l. 8. l. 9. & passim boc tit.*

In servos ultimum supplicium) Pœna falsi deportatio est & omnium bonorum publicatio: servi ultimo supplicio afficiuntur, *l. 1. §. ult. hoc tit.* ubi Marcianus addit, & quasi falsi, nimirum cùm aliter falsitas committitur, quàm uti nominatim lege Cornelia cautum est: qui casus ex Senatusconsulto aut Principum constitutionibus ad rationem legis accommodati sunt. Quod si id exigat magnitudo commissi, etiam capitali supplicio in eum, qui falsum commiserit, animadvertitur, *l. 22. C. de fals.* Nostris moribus pœna falsi aut exilium est, aut fustuarium, prout judex decernet. Gudel. *d. lib. 5. cap. 20.* Damhoud. *prax. crim. cap. 119. & seq.* Zypæ. *not. jur. Belg. de fals.*

TEXTUS.

De vi.

8. *Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatum, vel sine armis commiserint. Sed siquidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur: si verò sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniantur secundùm nostræ constitutionis definitionem, ex quo hoc apertius possibile est scire.*

NOTÆ.

8. *In tertiam partem bonorum*) *L. 1. l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.*

Sanctimonialis) Ascetriæ, virginis vel viduæ Deo dicatæ, *l. un. C. de rapt. virg.*

Capite puniuntur) Licet mulier raptui consenserit, *d. l. un. §. 2.* quod tamen non de simplici & spontaneo assensu accipiendum; sed ita, si consenserit malis artibus inducta. Quidam etiam gravius esse putant verbis persuasoriis pellicere mulierem, quàm vi uti. Liban. *decl. 2.* Plutarch. in *Solon.*

COMMENTARIUS.

Vim armatam, vel sine armis) Cur vis cum armis facta puplica, sine armis privata habita sit, hæc ratio est, ut alibi quoque diximus, quod armis uti solius reipublicæ est: unde lex duodecim tabularum cum telo esse nemini privato permittebat.

Deportatio ex lege Julia) De vi publica damnati deportantur. Ulp. *l. 10. §. ult. ad leg. Jul. de vi publ.* ait, aqua & igni his interdici, sed notum est, huic pœnæ deportationem successisse. De vi privata damnati tertia parte bonorum suorum mulctantur, *l. 1. & l. ult. de vi priv.*

Raptores, &c. capite puniuntur) Licet mulier raptui consenserit, *l. un. §. pœnas autem. 2.* ibi, *sive volentibus, sive nolentibus, C. de rapt. virg.* Movere non debet, quod volenti non fiat injuria, *cap. scienti. 27. de reg. jur. in 6. l. 1. §. usque adeo. 5. de injur.* Neque enim *d. l. un.* de simplici & spontanea voluntate aut assensu mulieris accipienda est: sed ubi dolo, malo, & blandis verbis, muneribus, promissionibus, aliisque malis artibus persuasa raptori consenserit: quo casu etiam volenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cùm dolosa persuasio non minus malum sit, quàm violenta coactio: per *l. 3. §. si quis volentem 5. de lib. hom. exhib. lib. 1. §. 3. de serv. corr.* Unde Solon severius punivit eum, qui persuasoriis verbis pellexisset mulierem, quàm qui vi usus esset, teste Plut. add. Liban. *declam. 2.* Hodie pœna hujus criminis arbitraria est, & crescit pro gravitate admissi. Damhoud. *prax. crim. c. 200. num. 8.* Perez. *C. ad leg. Jul. de vi in fin.* Virgini vel viduæ stuprum per vim inferentes capite puniuntur, Zypæ. *not. jur. Belg. de adult. vers. stupro.* Damhoud. *d. prax. c. 92. dec Cur Holl. 47.* Attentatum per vim stuprum, sed non consummatum, virgis & exilio vindicandum judicavit Curia Frisiæ. Sande *lib. 5. tit. 9. def. 11.*

TEXTUS.

De peculatu.

9. *Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Si siquidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solùm hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his susceperint. Alii verò qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjugentur.*

COMMENTARIUS.

Lege Julia peculatus tenetur, qui pecuniam publicam, remve sacram aut religiosam furatur, *l. 1. l. 4. h. t. ad l. Jul. pecul.* Peculatus enim duplex est, furtum pecuniæ publicæ, quod propriè & in specie pecula-

latus, & rei sacræ, quod *sacrilegium* propriè vocatur: unde à Labeone definitur, pecuniæ publicæ aut sacræ furtum, *l. 9. §. 2. eod.* Addit Labeo, non ab eo factum cujus periculo est: nam æditum in his, quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.

Siquidem ipsi judices) Qui pecuniam publicam, quam ipse administrat, averterit, capite punitur, uti & is, qui operam ei aut ministerium præbet, *l. unic. in fin. C. de crim. pecul.*

Pœna deportationis) Ob simplicem peculatum pœna deportationis imponitur, *l. 3. eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit. *l. pen. eod.* Sacrilegi autem, id est, qui publica sacra compilaverunt, capite puniuntur, *l. 9. eod.* Clar. §. *sacrilegium.* Anton. Matth. *de crim. cap. 2. & 3. de leg. Jul. pecul.* Damhoud. *prax. crim. cap. 111.*

TEXTUS.

De plagiariis.

10. *Est & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem.*

NOTÆ.

10. *De plagiariis*) Plagiarius est, quis liberum hominem vel servum alienum dolo supprimit, ἀνδραποδιστὴς, Lys. *orat. 9.* supprimendo enim plerumque plagium committitur, *l. 3. 5. 6. hoc tit. l. 2. 5. 6. C. eod.* licet interdum & aliis modis, puta vendendo, &c. *l. 1. 2. 4. D. eod.*

Interdum capitis pœnam) Ex ipsa lege Fabia plagii pœna erat pecuniaria: postea gravius puniri cœpit, & quandoque capite, *l. ult. eod. l. 7. l. ult. C. eod.* uti & lege Divina, *Exod. 21. 16. Deut. 24. 7.*

COMMENTARIUS.

Plagium nihil aliud est, quàm liberi hominis, vel servi alieni suppressio dolo malo facta. Nam plerumque supprimendo plagium committitur, *l. 3. l. 5. & 6. hoc t. de leg. Fab. l. 2. l. 5. l. 9. & 14. C. eod.* licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, *l. 1. 2. & 4. eod.* Pœna plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat: postea gravius puniri cœpit, & nonnullis casibus etiam capite, *l. ult. eod. l. 7. & l. ult. C. eod.* Jure autem divino & canonico omnis plagiarius, qui sciens dolo malo liberum hominem vendit, morte mulctatur, *Deut. c. 24. 7. Exod. 21. 16.* quod transcriptum in decretalibus Gregorii, *cap. 1. de furt.* & adhuc hodie obtinet, si celandi animo crimen commissum: alias fere virgis & relegatione, Clar. §. *fin. quæst. 68. num. 31.* Perez. *in C. ad leg. Fab. de plag. n. 6.*

TEXTUS.

De ambitu, repetundis, annona, residuis.

11. *Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de residuis: quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant; aliis autem pœnis eos subjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.*

Excusatio.

12. *Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit, summo digito, & quasi per indicem ea attigisse: alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.*

11. *Repetundarum*) Vid. *l. 3. & 4. de leg. Jul. rep.* de pœna est in *l. 7. §. 2. eod. l. 1. ult. C. eod.*

De annona) Adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit, vel vexaverit, &c. *l. 2. de leg. Jul. de ann.* add. *l. 37. de pœn. l. 6. de extr. crim.* Apud Athenienses pœna capitis statuta erat in eos, qui frumentum alio comportabant, annonamve supprimebant. Lys. *orat. 21.*

De residuis) Hac lege damnatus amplius tertia parte quam debet, punitur, *l. 2. l. 4. §. 5. & 2. seqq. ad leg. Jul. pecul.* Tenetur autem hac lege, qui pecuniam publicam delegatam in usum aliquem retinuit, *l. 2. eod.* seu apud quem ex pecunia publica quid resedit, *d. l. 4. §. 3.*

12. *Et quasi per indicem*) Id est, leviter, summatim, ἀπὸ ὑπατικῶς, digito ad fontes, unde hauriatur, intenso. Ascon. in *Verr. 3. Antequam causam agerent, quasi per indicem res exponebant*, &c.

COMMENTARIUS.

De ambitu) Ubi singuli regunt, ambitus nullus usus est: sed frequens, ubi universi, ut Romæ olim ante constitutionem Principis frequentissimum fuisse constat. Hinc illæ leges, Petilia, Pinnaria, Fabia, Calpurnia, Tullia, Julia, & similes de ambitu, id est, affectatis largitione honoribus, latæ. Sed hæ leges cessaverunt in urbe, ex quo magistratuum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, sublato populi suffragio: quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modestinus, *l. un. pr. de leg. Jul. ambit.* sicut & apud nos occasio ejus exercendæ sublata: de

quo

quo Groenevv. *de ll. abrog. D. de leg. Jul. de ambit.* Pœna hujus criminis multa centum aureorum cum infamia fuit, *d. l. un. eod.* Canonibus ambitus dicitur Simonia, à Simone Mago, cui Petrus maledixit, quod ab Apostolis Spiritus Sancti gratiam pecunia emere voluit. *Actor. c. 8. can. quidam. 24. q. 3.* Est enim Simonia, cùm aliquid pro spiritualibus exigitur vel promittitur, *tot. tit. x. de Simonia.* VINN. Pœna C. aureorum tantùm ad municipia, & eos accusatores & reos qui domum judicis ingrediuntur. *l. un. §. 1. §. 4. ff. de L. Jul. amb.* Alioquin pœna legis Juliæ fuit deportatio. Paull. *Recep. Sent. 5. 30. l. un. C. h. t.* HEIN.

Repetundarum) Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicatum, decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret, *l. 3. l. 4. de leg. Jul. repet.* Pœna hujus legis extraordinaria est, nunc relegatio, vel ordinis amotio, nunc exilium, vel etiam mors, pro modo scilicet & qualitate sceleris, *l. 7. §. 3. eod.* Interdum & quadrupli pœna reo imponitur, *l. 1. l. ult. in fin. C. eod.*

De annona) Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia, quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum statuitur adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum est, ut annona carior fieret, *l. 1. & l. 2. de leg. Jul. de annona.* Quod crimen plerumque committunt ii, qui Dardanarii seu pantopolæ & seplasiarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *l. in Dardanarios 37. de pœn. l. 6. de extraord. crim.*

De residuis) Crimen residuorum est pecuniæ publicæ alicui ad usum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad suos usus conversio, sive in solidum, sive ex parte. Et quod in rationibus pecuniisve privatis est reliqua, id in publicis propriè est residua; sic dicta, quod apud eum, cui administranda data est, pecunia publica resideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte, quàm debet, punitur *l. 2. l. 4. §. 3. & 2. §§. seqq. ad leg. Jul. pecul.* Hodie pœna hujus criminis ut & præcedentium fere, arbitraria est, Groenevv. *tract. de legib. abrog. ad rubr. C. de pen.* Hæc παρέργως, & tralatitiè, ut in appendice.

FINIS LIBRI QUARTI.

INDEX I.
RERUM ET VERBORUM
IN ARNOLDI VINNII COMMENTARIUM:

Ubi numerus paginam, & tomum, littera verò a *priorem consignat*, & b *posteriorem columnam*, & t *tomum.*

A

Acceptilationis definitio à Modestino tradita, 255. a, t. 2. alia plenior & planior, *ibid.* b.
Acceptilatio an species sit stipulat. 256. a, t. 2.
Acceptilationis & solutionis communia & propria, *ibid.* In forma acceptilationis, quæ consideranda, 256. *ibid.* b. Materia seu objectum, 257. a, *ibid.*
Accessionum genera, 201. t. 1. b.
Accessionis vice, quid, cui, & quando cedat, 202. a, t. 2.
Accessionis & specificationis differentia, *ibid.* Domino partis, quæ cessit, quomodo consulatur, 202. b, t. 2.
Accrescendi jus quid sit, 321. b, t. 1. In hæredibus id jus valere ex necessitate, 540. b, *ibid.* Deficientium hæredum portiones quibus accrescant, & pro qua parte, 541. a, *ibidem.* Valere idem jus & in legatis, sed ex sola voluntate testatoris, 541. a, *ibid.* Vetus circa jus accrescendi differentia inter genera legatorum, *ibidem*, b.
Accrescendi jus non esse inter legatarios diversarum rerum, 542. b, t. 1. Quibus pro qua parte defecta pars collegatarii accrescat, *ibid.* An conjuncti post obitum testatoris mortui pars conjuncta accrescat, 545. a, *ibid.*
Accrescendi jus an locum habeat inter conjunctos verbis, *ibid.* a, an in contract. 251. b, *ibid.*
Actio quomodo consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit, 322. a, *ibid.* Ex quo jure actiones proficiscantur, *ibid.*
Actionis nomen quàm latè pateat, 212. a, *ibid.* Quot modis usurpetur à nostris, 314. b. t. 2.
Actio in rem cum domino ambulat, eaque tenetur novissimè possidens, 322. a, t. 2.
Actiones in personam nec ex contractu, nec ex maleficio, 323. a, *ibid.*
Actio rescissoria quibus ex causis à prætore detur; ejusque introducendi occasio, 338. a.
Actio ex stipulatu de dote cur plenior, quàm rei uxoriæ, 577. a, *ibid.* Singularia circa illam ex stipulatu à Justiniano constituta, *ibid.*
Actio in rem quid sit, unde nascatur, & cui competat, 324. a, t. 2. Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem, *ibid.* b.
Petitio hujus actionis propria, 326. b. t. 2.
An possessor contra vindicare teneatur, *ibid.*
Actio pœnalis nulla in hæredem datur, licet ex contractu, 419. b, t. 2.
Actio de peculio, & actio de in rem verso an duæ diversæ actiones, 400. a, *ibid.*
Actio in personam quid, cui, adversus quem detur, 325. b, t. 1. quid petat: ubi & de formularum diversitate, *ibid.*
Actio præscriptis verbis unde dicta, 206. a, *ibid.*
Actio ex jurejurando qualis, 351. b, t. 2. In personam esse quacunque ex causa juratum sit, *ibid.* Quod genus jurejurandi eo pertineat, 352. *ibid.* Quam ob causam actio ex jurejurando à prætore introducta: cui, adversus quem, quo effectu detur, *ibid.*
Actio de partu agnoscendo, cui, adversus quem, quo effectu detur, 357. b. t. 2.
Actio de jure familiæ inter patrem & filium. Et quid hæc ab illa de partu agnoscendo differat, *ibid.*
Actio Pauliana in personam est, 341. t. 2. Cui, quando detur, *ibid.* Quæ concurrere debeant, ut huic actioni sit locus, 342. a, *ibid.* Intentio creditorum in actione Pauliana, 343. b, *ibid.* Quandiu, ex quo tempore competat, *ibid.*
Actio directa quot modis dicatur, 294. a, t. 2.
Actio utilis quid, & qua ratione, quando, à quibus introducatur, *ibid.* Directa actio tam ex sententia legis, quàm quæ ex verbis: utilis, quæ tanquam ex sententia, in factum, cui nec oratio, nec sententia convenit, *ibid.*
Appellatione actionis in factum, interdum, & utilem significari, 294. b. t. 2.

Actio de tigno juncto in duplum datur etiam adversus eum, qui junxit bona fide, 208. a, t. 1.
An exemptione tigni possit evitari dupli præstatio, 209. a, t. 1. Apud nos huic actioni non est locus, *ibid.*
Actio in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri potest, 325. b, t. 2. Non potest institui, nisi certus sit possessor, 440. b, t. 2.
Actiones rei persecutoriæ quæ, & quæ pœnales, 365. a, t. 2. Rei persecutoriæ omnes, quæ in rem, 363. b, t. 2. Ex contractu una mixta, 364. a, *ibid.* Pro pœnalibus, quæ habeantur, cum à parte actoris pœnales non sint, 365. b, *ibid.* An ulla actio plus quam quadruplum persequatur, 367. a, *ibid.* Hodie actiones non esse rei persecutorias, 370. b, *ibid*
Actiones rei persecutoriæ omnes, & hæredibus & in hæredes dantur, 418. b, *ibid.*
Actio quibus casibus ex contractu non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit, 420. a, *ibid.*
Actiones omnes judicio inclusas perpetuari: & quid hic juris hodie, 420. b, t. 2.
Actiones populares, 316. b, *ibid.*
Actiones confessoria & negatoria non ex figura verborum, sed ex sententia, & re petita æstimandæ, 328. a, t. 2. An hæ actiones pro alio jure, quàm pro servitutibus, etiam dentur, *ibidem.*
Actio negatoria cur de rebus corporalibus non prodita, 331. b, *ibid.* Cur prodita in rebus incorporalibus, *ibid.* Cur in rebus corporalibus actio possessori non detur, 332. a, *ibid.*
Actiones prætoriæ quæ, 334. b, *ibid.* Prudentum non fuit actionem dare, *ibid.* a.
Actiones mixtæ an tertiam speciem constituant, 320. a, *ibid.* An actiones in rem scriptæ, 322. b, *ibid.*
Actiones pœnales, quibus nihil amplius persequimur, quàm quod abest, 419. b, *ibidem.* Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cum dentur hæredibus, 420. a, *ibid.*
Actiones bonæ fidei quæ, unde sic dictæ, 372. a, *ibid.*
Actiones stricti juris quæ, & unde sic appellatæ, *ibid.* b. Harum actionum insignes differentiæ, & an quæ adhuc maneant, 373. a, *ibid.*
Actiones bonæ fidei nullas esse præter eas, quæ à Justiniano recensentur, 374. a, *ibid.*
Actioni hypothecariæ locus in omni genere pignoris constitutio Caroli V. an. 1529. Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem quando alius, quàm debitor pignus possidet: tum quid hic juris apud Batavos, 345. b, *ibid.*
Actionis de peculio introducendæ causa, 349. b, *ibid.* esse in personam, *ibid.* ex delictis non dari, 350. b, *ibid.*
Actione de peculio non consummi obligationem cum filio aut servo contractam, *ibid.* a. Causæ ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant, *ibid.* b.
Actionis de pecunia constituta introducendæ causa, 347. b. Qui quibus ex causis hac actione teneantur, 348. b, *ibid.*
Actionis hypothecar. introducendæ causa, 344. a, *ibid.* Qualis sit hæc actio, quibus, adversus quos, quo exitu detur, *ibid.*
Actionis definitio competit etiam actioni in rem, item actionibus popularibus, &c. 326. a, *ibid.*
Actionum divisio in rem & in personam unde sumpta, 327. b, *ibid.*
Actus quid sit, 253. b, t. 1.
Actum qui habet, etiam armenta trajicere potest, *ibid.* & vehiculum agere, 254. a, *ibid.* & ire sine juramento, 591. *ibid.*
Ademptio legatorum quot modis fiat, 591. *ibid.* quibus ex rebus conjiciatur, res adimendi legati causa alienata sit, necne, 525. b, *ibid.* Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum, 553. a, t. 1.
Adeundo aut pro hærede gerendo ut quis hæres fiat, quarum rer. eum gnarum esse oporteat, 521. b, *ibid.* Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur, 522. b, *ibid.*
Aditam post hæreditatem derelinqui non posse, 518. a, *ibid.*
Actionem & pro hærede geritionem duo esse distincta genera acquirendæ hæreditatis, nec esse plura, 520. b, *ibid.*
Adolescentes inviti olim curatores non accipiebant, 237. a, *ibid.*
Adoptati jus liberorum in familia patris naturalis non habent, 411. *ibid.* Emancipati à patre adoptivo jus illud beneficio prætoris recuperant, 412. a, *ibid.*
Adoptio quid, apud quos olim ejus usus, 83. a, t. 1.
Adoptionis hujus hodie sublatus, etiam in Gallia, 84. a, *ibid.*
Adoptio in specie dicta quid sit, & quorum, apud quos, quomodo fiat, 85. b, *ibid.* Quid circa eam novi constituerit Justin. 86. b, *ibid.*
Adoptio naturæ imago, & quid in se, 89. b, *ibid.*
Adoptiva filia nec adoptione dissoluta uxor duci potest, 68. a, *ibid.*
Adoptivorum successio exsoluta, 598. b, t. 2.
Adrogatio quid sit, & quorum, apud quos, quomodo fieri soleat, 83. b, t. 1. In adrogatione impub. quæ excutienda, 87. b. *ibid.*

Ad-

Adrogationis effectus, 92. a, *ibid.*
Adrogator quid, cui caveat, 88. a, *ibid.*
Adrogatori non tantum proprietas, sed etiam possessio adquiritur, 80. a, t. 1.
Adscriptitii qua conditione sint, 35. b, *ibid.*
Adscriptitiæ conditionis qui hodie, 36. a, *ibid.*
Adsectari cur injuriosum, 29. b, t. 2.
Adsignare libertum quid sit, 678. *ibid.*
Ædificia etiam non habitandi causa parata, urbana prædia censeri in materia servitutum, 256. b. t. 1.
Æliles Curules: nomen, & procuratorio, 27. b. *ibid.*
Æquitas quid, & quotuplex, 31. b, *ibid.*
Ærarium quid, & quid fiscus, 308. a, *ibid.*
Æstimationis auctæ commodum, & diminutæ incommodum, ad creditorem, 200. b, t. 2. Cujus temporis in æstimatione ineunda hic ratio habeatur, *ibid.*
Ætas annorum 25. cur finem afferat curationi, 136. a, t. 1.
Ætas legitima in matrimonio, 65. a, *ibid.*
Affines, qui & an etiam gradus affinitatis, 37. b, *ibid.*
Affinitatis genera, *ibid.*
Affinitatis transversa linea apud veteres Romanos prohibitionem non habuit, 75. a, *ibid.*
Affinitas propriè sponsalibus non contrahitur 77. b, *ibid.* nascitur etiam ex illegitima conjunctione, *ibid.*
Agnatorum nomen quot modis usurpetur, 23. b, t. 2.
Agnatorum successionem cur latius diffundi placuerit, quàm cognatorum, 46. a, *ibid.* hoc discrimen, *ibid.*
Agnatorum successio, & novo jure cognatorum, an certo gradu terminetur: & quid hic usus, *ibid.*
Agnatos inter & gentiles, item inter gentem & familiam quid intersit, 111. a, t. 1.
Album prætoris: & quale judicium in eum, qui album corrupit, 353. b, *ibid.*
Alienandi verbum quàm latè pateat ex sententia legis Juliæ, 325. b, *ibid.*
Alluvio quid, 190. b, *ibid.* Qui in agris locum habet, *ibidem.* Qui hic juris apud Batavos, 191. a, *ibid.*
Alveus desertus primi occupantis fit, si vicini agri limitati, 196. a, *ibid.*
Alvei exsicati pars quando apud nos privatorum fiat, *ibid.*
Alveus an aliquando priori domino restituatur flumine recedente, *ibid.*
Alveus fluminis extra usum publicum existimatur pars vicinorum prædiorum, & quid inde, *ibid.* a.
Ancilla si cum natis legata sit, duo intelligi legata separata, & æquè principalia, 561. a, *ibid* Item si servus cum vicariis suis, *ibid.* Secus si servus cum peculio, aut penu cum vasis, *ibid.* aut fundus cum instrumento, *ibid.* b.
Apes omnes natura feræ, 184. b, *ibid.*
Aqua profluens non idem, quod flumen, 172. a, t. 1.
Aquæductus quid, quomodo aqua ducatur, & unde ducere liceat, 152. a, *ibid.*
Aquæ, & ignis interdictionis origo & causa, 115. a, *ibid.* In locum hujus pœnæ successit deportatio, *ibid.*
Arbitrariæ actiones an tertiam speciem actionum constituant, 380. b, t. 2. ex quo fit, quod actio de eo, quod certo loco arbitraria, 381. Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis, *ibid.* in ea quod certo loco, una sententia rem transigi, *ibid.* in illis duplicem intervenire sentent. & mores hodierni, *ibid.*
Arbitrariarum & bonæ fidei discrimen, 383. b, *ibid.*
Arbitratores, quos vocant, Judices non esse, 319. b, *ibid.*
Arbitri, & Judices nomina quàm diversimodè accipiantur, 318. b, *ibid.*
Arboris transplantatæ proprietas post coalitionem ita immutatur, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur, 213. b, t. 1. priori domino quomodo consulatur de pretio plantæ, *ibid.*
Areæ legatæ si domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi, 503. b, *ibid.*
Arrha datur vel ut symbolum, vel ut sit pars pretii & effecta utriusque, 189. b, t. 2.
Assis ejusque partium usus quàm frequens, & quibus in rebus fuerit, 429. a, t. 1.
Asyli jus non esse dandum sicariis, raptoribus, &c. 57. a, *ibid.*
Attentatio pudicitiæ cur injuriosa, 298. b, t. 2.
Auctoritatis verbum quàm variè usurpetur, & quid eo in duodecim significetur, 293. a, t. 1.
Auctoritate propria nemo potest quod sibi debetur occupare, 313. b, t. 2.

B

Banniti quo numero habendi, 94. b, t. 1.
Batavi quibus in locis quondam jure Scabinico, & in quibus Æsdomico circa successionem ab intestato usi, 51. a, t. 2.
Beneficium competentiæ quibus quas ob causas datur, 391. b, *ibid.* Quale sit hoc beneficium, personæ an rei cohærens, 394. b, *ibid.*
Beneficium ordinis, *vide* Ordinis.
Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat, 137. b, t. 2.

Conditiones, ſub quibus conceditur, 174. b, *ibidem.*

Bonorum poſſeſsio contra tabulas etiam ſuis hæredibus propoſita, 14. a, *ibid.* Ad bonorum poſſeſsionem contra tabulas difficilius quem admitti quàm ab inteſtato, *ibid.*

Bonorum poſſeſsio contra tabulas quo ſenſu dicatur eſſe ex teſtamento, 14. a, *ibid.* Cur ea primo loco edicti propoſita, *ibid.*

Bonorum poſſeſsio unde liberi quo colore emancipatis deferatur, 12. a, *ibid.* Ad bonorum poſſeſsionem unde liberi non vocantur, qui à patre emancipati ſe adrogandos dederunt, 13. a, *ibid.*

Bon. poſſeſsio edictalis & decretalis, 76. b, *ibid.*

Bonorum poſſeſsio unde vir & uxor, ſola hodie neceſſaria, 75. b, *ibid.* Apud nos locum non habet, ut nec ullæ aliæ, *ibid.* a.

Bonorum poſſeſsiones quæ juris civilis confirmandi gratia introductæ, 71. b, *ibid.*

Bonorum poſſeſſores vi ipſa hæredes eſſe, & jure prætorio dominium rerum ſingularum conſequi, *ibid.* a.

Bonorum poſſeſſores an hæredes efficiantur, qui jure civili ſuccedere poſsint, ſi malint honorario, *ibid.* b.

Bonorum poſſeſsio quid, 69. a, *ibid.* Ex bonis quæ dicantur, 285. *ibid.*

C

CAnones obſervandi circa materiam ſtipulationum, 142. b, t. 2.

Capacitas hæredis inſtituti quibus temporibus inſpicienda, 523. a, t. 1. Non ſatis ſubtiliter tempus adeundæ hæreditatis in conſideranda capacitate conſtitui terminum disjunctum à tempore mortis, 514. b, *ibid.*

Captatoria inſtitutio quæ veteribus dicta, 433. b, *ibidem.*

Caſus fortuitus quid, 106. a, t. 2. In nullo contractu præſtatur, *ibid.* Periculi appellatione non ſemper caſus venit, *ibid.* Inter caſus fortuitos non numerantur, qui cum culpa conjuncti eſſe ſolent, *ibid.* Regula de caſibus fortuitis non præſtandis quando ceſſet, 106. a, *ibidem.*

Caſus fortuiti excluſio non protinus inducit præſtationem culpæ leviſsimæ, 215. a, *ibid.*

Cauſa legandi, etſi falſa ſit, legato non nocet, niſi in futurum collata; & quare, 584. a, t. 1. Inſigne hujus temperamentum, *ibid.*

Cauſarum duarum lucrativarum in eamdem rem & perſonam concurſus eſt ſpecies liberationis. Et quo ea pertineat, 538. a, *ibid.*

Cauſæ cognitio quid & quibus in rebus conſiſtat, 456. a, t. 2.

Cautio fructuaria à teſtatore remitti non poteſt, ab hærede poteſt. Et quid ſi fructuarius propter inopiam fidejuſſores invenire non poſsit, 270. b, t. 1.

Cautio quaſi fructuaria an ſit de ſubſtantia uſuſfructus, 275. *ibid.* partes hujus cautionis, 276. *ibid.*

Cautiones, & confeſsiones debiti inutiles, 173. b. t. 2. Quæ cautiones ad probationem tantùm valeant, 180. a, *ibid.*

Cautionem pecuniæ creditæ poſt bienium valere ad obligationem, antea ne ad probationem quidem, *ibid.* A quo tempore bienniuin currat, 183. a, t. 2.

Cenotaphium an religioſum, 177. a, t. 1.

Ceram quod pro tabulis veteres dixerint, unde ſit, 375. a, *ibid.*

Civilis diſciplina, *vide* Juſtitia.

Civium apud nos diſtinctio, 40. b, t. 1.

Codicilli quid & unde dicti, 625. a, *ibid.* Jure codicillorum non valere voluntatem in hoc paratam ut teſtamentum ſit, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris, 628. a, *ibid.*

Codicilli quicunque & quocunque tempore à teſtatore facti, jus teſtamenti ſequuntur, *ibid.* Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos: quæ hodie ſublata, *ibid.* Quatenus ex his quæ teſtamento cauta, codicillis mutare quid liceat, *ibid.* a. Codicilli ante teſtamentum facti, non intelliguntur teſtamento revocati, niſi appareat teſtatorem à priore illa voluntate receſsiſſe, *ibid.*

Codicillis hæreditas dari, nec adimi poteſt, nec ſi teſtamento confirmatis, 629. b, *ibid.* Neque conditio hæredi inſtituto adjici, neque detrahi, 630. a, *ibid.* Per fideicommiſſum hæreditat. codicillis rectè dari & adimi, *ibid.*

Codicillos in captivitate factos ab eo, qui in civitate teſtamentum fecerat, eo reverſo convaleſcere, 399. b, *ibid.*

Codicilli unius hominis etiam plures eſſe poſſunt, 630. b. t. 2.

Codicilli non ſunt ſine aliqua ſolemnitate ordinationis, 632. a, *ibid.* An mulier in codicillis rectè teſtis adhibeatur, *ibid.*

Cognatio ſervitute amiſſa manumiſſ. non recipitur, 117. b, *ibid.*

Cognationis genera, 68. a, *ibid.*

Cognation. prætoriæ, & extraordin. 314. b, t. 2.

Colonus, *vide* Fructuarius.

Comitiorum genera obiter expoſita, & oſtenſum quibus comitiis teſtamenta fieri ſolita, 352. b, t. 2.

Commixtio quid propriè, ejus effectus, 205. b. *ibid.* Mixtionis pecorum & frumentorum comparatio, 206. a, *ibid.*

Com-

Commodare quid sit, & quid commodatum differat à precario, 204. b, t. 2.
Commodatum propriè nullum, nisi gratuitum, 110. a, ibid.
Commodatum & mutuum in quo differant, ibid.
Communi dividundo inter quos, qua de re agatur, 366. b, ibid.
Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat, 243. b, ibid. In judicio communi dividundo quæ culpa veniat, 244. b, ibid.
Compensatio quid sit, 375. a, ibid. & 393. a, ibid. Non liquidi ad liquidum cur non admissa compensatio & quid causa liquida, 378. b, t. 2.
Compensatione ipso jure actiones minui, quid hoc, quæ inde utilitas, &c. 379. a, ibidem. Rerum tantùm consumptibilium esse compensationem, ibid.
Condicere quid sit veteribus, & cur inde actio in personam dicta condictio, 361. b, t. 2. Pro veteri condictione quid postea institutum, & quid hodie, 362. b, ibid.
Condictio certi una ne sit & generalis, an duplex, 102. a, ibid.
Condictio furtiva non tantùm in odium furis, sed etiam in commodum domini introducta, 359. b, ibid. Difficile expeditu, quomodo furti res condici possit, ibid.
Condictio furtiva & actio rerum amotarum contra hæredes etiam in solidum dantur, 419. b, ibid.
Conditio & modus qua in re conveniant, & discrepent, 587. b, ibid.
Conditio impossibilis non vitiat voluntates, 437. a, ibid. Conventiones contra, ibid. Impossibili conditioni similis est turpis, ibidem. Circa hæc mores nostri, ibid.
Conditio hæc, si hæres non erit, continet & casum impotentiæ, & noluntatis, 441. b, ibid. Diversimode accipitur pro conditione instituti, ibid.
Conditio quid sit & quotuplex, tunc quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant, 124. a, t. 2. Etiam promissiones quibus tacitè conditio inest, pro conditionalibus esse, ibid. In conditionibus arbitrariis quid juris, 123. b, ibid.
Conditione pendente nihildum deberi, & quid inde, ibid. Insigne discrimen circa stipulationes, & legata conditionalia, 126. b, ibidem. An idem & conditionib. arbitrar. 127. a, ibi.
Conditiones ad præsens vel præteritum tempus relatas vim conditionis non habere, & quare, 128. a, ibid.
Conductor regulariter levem dumtaxat culpam præstat, 214. a, t. 2.
Confusio, & commixtio quomodo differant, cùm signatè loquimur, 204. a, t. 1.
Confusionis effectum, & quarum rerum quomodo confusio facta communionem pariat, ibid. In confusione fortuita quid juris, 204. a, ibid. Quid si unus è dominis confuderit altero ignorante, 205. a, ibid.
Conjuncti, & disjuncti singuli rectè & totum habere dicuntur, & partem diversa consideratione, 543. b, ibid. Partem ab initio facere quid sit, 544. b, ibid. An partem faciat, qui testamenti tempore mortuus, aut incapax, 544. b, t. 1.
Conjunctorum genera exposita, 542. b, t. 1. Disjuncti qui passim dicuntur, eos & ipsos verè conjunctos esse, 542. a, t. 2.
Consanguinei qui nostris; & unde sic appellentur, 24. a, t. 2.
Consanguinitas quando ab agnatione distingui & quam ob causam cœpta, 26. a, ibid.
Consanguinitatis prærogativa sublata, ibid. b.
Consensus quibus modis declaretur, 184. b, ibid. Obligatio ex consensu pinguior, quàm verborum, 185. a, ibid.
Consens. in matrim. liber esse debet, 65. a, ibid.
Consensus parentum, & quorum, quibus liberis necessarius, ibid. b. Præcedere debet nec ratihabitioni hic locus, 66. b, ibid. Eo non interveniente nuptiæ irritæ: & quid jure divino, 65. a, ibid. Quid in his regionib. ibid.
Constituti, & fidejussionis convenientia, & dissimilitudo, 176. a, t. 2. & 348. ibid.
Constitutionum genera, 25. a, t. 1.
Constitutiones personales quotuplices, & quæ singularum vis, ibid. & n. 5.
Consuetudo quanto tempore, quot actibus, & qualibus introducatur, 29. b, ibid. An hic opus scientia superioris, ibid.
Contractus quid, & quotuplex, 53. b, t. 2.
Contractus μονοπλευρη διπλευρη, & medii generis, 105. b, ibid. 105. a, t. 2.
Contractus an in testamento aut inter testandum celebrari queant, 359. b, t. 1.
Conventio, pactio, sive pactum, in genere quid & quotuplex, 94. a, t. 2.
Convitium quid, 296. b, ibid. An veritas convitii excuset, ibid. An præfatio honor. ibid. b.
Correus, qui totum solvit, an eo nomine adversus alios actionem habeat, 135. a, ibid.
Correi plures debendi aut credendi etiam citra stipulationem constitui possunt, ibid.
Cretio nihil aliud olim fuit, quàm solemnis aditio hæreditatis, 521. a, t. 1.
Crimen pro criminatione, 160. a, ibid.
Culpa quid, & quotuplex, pleniùs quam vulgo, 106. b, t. 2.

Cul-

Culpa levissima, 108. a, *ibid.* Lata culpa in omnibus contractibus præstatur, & dolo comparatur, *ibid.* Qui contractus dolum tantùm recipiant, qui item culpam & diligentiam, 109. a, *ibid.*
Culpæ genera obiter distincta, 163. b, t. 1. De Curatoribus, 134. a, *ibid.*

D

DAmnum injuria datum, 286. b, t. 2. Actione legis Aquiliæ de damno dato qui teneantur, aut non teneantur, 288. a, *ibid.* Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis, 292. a, *ibid.*
Deditii quo jure fuerint, 40. a, t. 1.
Defensio sui adversus vim illatam à natura est, 15. a, *ibid.*
Delegatio, quid & quomodo fiat, 259. b, t. 2. Ad delegationem non pertinet *l. ult. C. de novat.* *ibid.*
Deliberandi jus quorum causa, & cujus rei gratia comparatum, quis ejus effectus, & quid hic de suo contulerit Justinian. 517, a, t. 1. Etiam suos hæredes jure prætorio deliberandi facultatem habere, 518. a, *ibid.*
Delictum quid & quotuplex, 263. a, t. 2. An species *συναλλάγματος*, 93. a, *ibid.*
Demonstratio falsa non vitiat legatum, nisi præterea quid aliud obstet legato, 181. a, *ibid.*
Deportationis, & relegationis differentia, 94. a, t. 1.
Depositum quid sit, & an etiam consistat in re immobili, 110. t. 2.
Depositarius ad quid teneatur, 111. b, *ibid.*
Dies utiles, & continui, 78. b, *ibid.*
Dies incertus quando conditionem faciat in contractibus, & quid hic intersit inter legata, & stipulationem, 120. a, *ibid.* Quid si dies apponatur finiendæ obligationis causa, *ibid.* b. Effectus obligationis in diem, *ibid.* Efficientia diei adjecti in modum termini ad quem, 123. b, *ibid.* Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos à simili legato, 123. b, *ibid.*
Dies certus institutioni appositus pro supervacuo habetur, 434. b, t. 1. Qui hic nostris, & Gallorum moribus, *ibid.* b.
Dies omnis incertus conditionem in testamento facit, 435. b. *ibid.*
Dies cœptus pro completo quando habeatur, & contra, 135. b, t. 1.
Directæ actiones an salvæ maneant adversus adrogatum, 80. b, t. 2.
Dispositioni §. *ult. Inst. de fideic. hæred.* quando locus, 619, b, t. 1. Glossema in fine text. d. §. observatum, 610. b, *ibid.*
Divisionis beneficium non habere plures unius tutoris fidejussores: at ex persona plurium tutorum actionem dividi, 143. a, *ibid.*
Dolus quid, 105. b, t. 2. Præstatur in omnibus contractibus, *ibid.*
Dominium quid, & quàm largè ea vox sumatur, 180. b, t. 1. Dominii jure gentium acquirendi modi, *ibid.*
Dominorum vetus discrimen, ejusque sublatio, 237. b, *ibid.*
Donaria, 178. a, *ibid.*
Donatio inter vivos absoluta, est juris gentium, 309. a, *ibid.* Sitne donatio modus acquirendi, an titulus, 309. b, *ibid.*
Donatio propriè quid sit, & quid impropria, *ibid.* b. Unde æstimandum, an donatio facta sit mortis causa 210. a, *ibid.* Convenientia mortis causa donationis cum legatis, 312. b, *ibid.* Discrepantia, *ibid.*
Donatio inter vivos quomodo perficiatur, 314. a, *ibid.* An ex quovis pacto donationis causa interposito actio nascatur, *ibid.* An simplex factum donationis pariat actionem in rem, 315. b, *ibid.* Quæ donationes insinuationem non desiderant, 316. b, *ibid.* Revocandi donationem qui, quibus ex causis jus habeant: & an inter causas etiam liberorum supervenientia, 317. b, *ibid.*
Donationes inter sponsum & sponsam quo sensu dicantur veteribus incognitæ, 319. b, *ibid.* Quid circa has constitutum, *ibid.* In Belgio propriè donationum propter nuptias usum non esse, 321. a, t. 1.
Dotalis rei maritus verus justusque dominus est, 314. a, *ibid.* Potest res mobiles, omnesque res æstimato in dotem datas, alienare, 323. a, *ibid.* Cur dotalis prædii oppigneratio arctius prohibita, quàm alienatio, 326. a, *ibid.* Quantum hic mores nostri dissideant à jure scripto, *ibid.*
Doris repetitio olim cui, & qua ratione, & quid jam, 376. b. t. 2. Dupondio expleto quantum sine parte scriptus habere debeat, uti Hotomanni error notabilis, 430. a, t. 1. De dotis æqualitate constitutio Justiniani repudiata, 321. b, *ibid.*

E

EDictum perpetuum quid, & quid temporale, 353. b, t. 2.
Edictum successorium, 17. a, *ibid.*
Emancipandi ratio vetus, 98. b, *ibid.*
Emancipare, idem quod mancipare, 356. *ibid.* Cur in omni emancipatione quinque testes adhibiti, quæstio curiosa, *ibid.*
Emancipati cur capite minui dicantur, & an ca-

capite minui desierint, 116. a, ibid.
Emancipati ab adrogatione vivo patre naturali jus liberorum recuperant; secus si post mortem ejus: & quid hic respectu patris adoptivi, 13. a, t. 2.
Emancipati ab adrogatione post mortem patris naturalis admittuntur ut cognati, non ut liberi, *ibid.*
Emancipati sub colore quodam suitatis ad bonorum possessionem à prætore vocantur, 410. a, t. 1. Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ jure prætorio meliore conditione fuerint, quàm filiæ non emancipatæ jure civili, *ibid.* b.
Emendare actionem, quid sit, & quid mutare, 390. a, *ibid.* Quamdiu emendare aut mutare actionem liceat, *ibid.* Praxis horum temporum, *ibid.* b.
Emphyteuticus contractus, 209. a, t. 2. Jus emphyteuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo quod actum est, 209. a, *ibid.* Solo consensu jus emphyteuticum non transferri, 210. a, *ibid.* Præstatio canonis, hujus contractus pars essentialis: quanto tempore canone non soluto emphyteuta jure suo cadit: & alia in foro agitata, *ibid.* Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit: & quid hic apud Batavos, *ibid.* b. Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone acceperit, 211. a, *ibid.*
Emphyteuticus contractus, & censualis, quomodo differat, *ibid.* An ad substantiam contractus emphyteutici scriptura necessaria, *ibid.* a, An emphyteutæ in casu insolitæ sterilitatis remissio can. præstanda, 212. a, *ibid.*
Emptio, 185. a, t. 2. Quando emptio perfecta intelligatur. 198. a, *ibid.*
Emptione perfecta sine communi consensu recedi non posse, licèt arrhæ intervenerint, 191. a, t. 2. Quando res in hoc contractu desinat esse integra, 189. a, *ibid.* Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat, 190. a, *ibid.* Quando negotium quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur, *ibid.*
Emptio, & permutatio, ac pretium, 195. b, *ibid.*
Emptionis substantia ex pretio consistit: & quid inde, 192. b, *ibid.* Quid si pretium alieno arbitrio permissum, *ibid.* a. Arbitratoris manifesta iniquitas corrigi potest officio judicis, *ibid.* b.
Error consensui quando obstet, aut non obstet, 168. a, *ibid.* Quid si non ipso corpore, sed in materia erratum, *ibid.*
Error matrimonium vitians, aut non vitians, 65. a, t. 1.
Exceptio quid, & unde dicta, 422. b, t. 2. Exceptio in factum qualis, & unde, 424. a, *ibid.* Exceptiones perpetuæ, & temporales, 427. b, *ibid.* Exceptio excussionis an dilatoria, 428. b, *ibid.* Exceptio dilatoria propter diem initio obligationi adjectum, *ibid.* Exceptio doli cur perpetua, cur actio de dolo temporalis, 427. b, t. 2. Exceptio divisionis, 174. a, *ibid.* & ordinis, 173. b, *ibid.*
Exceptio non numeratæ pecuniæ frustra post biennium objicitur, etiamsi debitor probare paratus sit, pecuniam sibi numeratam non esse, 181. b, *ibid.* Usus circa hanc exceptionem hodiernus, 183. b, *ibid.*
Exceptio læsionis ex causa ætatis, qualis, 434. b, *ibid.*
Exceptio procuratoria quotuplex, 429. solutionis, 251. b, *ibid.*
Exceptionis in strictis judiciis quæ contestandæ, 430. a, *ibid.*
Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse, 431. a, *ibid.*
Exceptiones, quæ ad alios transeunt, aut non transeunt, 434. a, *ibid.*
Exceptioni cedendarum actionum quando locus, 175. a, *ibid.*
Exceptionis dilatoriæ genera, ratione objecti, 429. a, *ibid.*
Exceptionum peremptoriarum usus in bonæ fidei judiciis, 430. a, *ibid.*
Exceptionum dilatoriarum usus, 431. a, *ibid.* Quibus exceptionibus uti liceat etiam in exceptione rei judicatæ, *ibid.* Mores hodierni circa usum exceptionum, *ibid.* b.
Excusatio tutorum intra quod tempus proponenda & contestanda, 156. a, t. 1.
Exercitoria actio & institoria cui, adversus quem, qua de re detur, 397. a, t. 2. Si plures exerceant, singulos in solidum teneri: quod tamen apud nos non receptum, *ibid.* Cum magistro & institore etiam directò agi posse, at hoc in praxi non obtinere, *ibid.*
Exercitores non habent actionem adversus contrahentes cum magistro, *ibid.* In contractibus cum præpositis ineundis diligenter observanda lex præpositionis, *ibid.*
Exhæredare propriè quid sit
Exhæredationis forma alia atque apud veteres, ratione sexus & gradus liberorum, prout nati aut adhuc nascituri, 417. a, t. 1. Novo jure in omnibus forma exhæredationis eadem, 414. b, t. 1. &c. Jura autem suorum & emancipatorum minimè confusa, *ibid.* a.
Exhæred. an extinguat jus suitatis, 462. b, t. 1.
Exhæredationem rectè fieri etiam ob causas non expressas, *Nov. cxv.* modo æquè graves, aut gra-

graviores, 488. b, *ibid.* An, si exhæredatio facta sit sine elogio, testamentum hodie sit ipso jure nullum, 489. *ibid.* b.
Exhæredationis vim etiam jure novissimo habet præteritio matris, 490. b, *ibid.* ubi contraria repelluntur, addito jure patrio, *ibid.*
Expromissor quid à fidejus. differat, 239. b, t. 1.
Extranei hæredes quotuplici sensu dicantur, 511. b, *ibid.*
Extraneus manumissor quis dicatur, 73. a, t. 2.

F

FAcete posse, quid sit, & quid illud reo tribuat, 393. b, *ibid.* Quibus rebus deductis id æstimetur, 394. a, *ibid.*
Faciendi obligatio cur incerta, 129. b, *t.* 2. quid quando ex ea peti possit. *ibid.*
Facta nuda & simplicia separanda ab iis, quæ in rei alicuj. præstatione consistunt, 130. b, *ibid.*
Factum alienum qui promittit, cur nec se, nec alium obliget, 147. a, *ibid.*
Falcidiæ legis ferendæ occasio, 594. a, t. 1.
Falcidiæ appellatione veteres & quartam Senatusconsulti intelligunt, 477. a, t. 1.
Falcidiæ legis virtus, ad quæ vel statim, vel sensim, producta, 595. b, *ibid.* Ratio legis Falcidiæ quando in portionibus defectis habeatur, 597. b, *ibid.* Circa deductionem Falcidiæ in quantitate patrimonii exquirenda mortis tempus spectari, 598. b, *ibid.* Quæ in bonis defuncti numerentur, cùm de Falcidia quæstio est, 600. a, *ibid.* An hæres quod sibi à defuncto debetur, deducat, *ibid.* a. Quibus casibus Falcidia cesset, *ibid.*
Familiæ erciscundæ judicium inter quos reddatur, & quid contineat, 366. b, t. 2.
Familiæ emptor fiduciarius cur olim à testimonio testamentario remotus, hæres admissus, 371. b, t. 1.
Famosa judicia civilia ex delicto aliquo conditione concurrente, 451. a, t. 2. Ex contractu judicia famosa, 452. *ibid.* Cur non omnia judicia bon. fid. famosa, *ibid.*
Famosam non esse actionem quod metus causa, nec interdicta, neque conditiones, *ibid.* a.
Famosi libelli quam varia pœna, 297. b, *ibid.* Si inventor auctorem indicaverit, 298. a, *ibid.* Pœnæ *l. un. C. de famos. libell.* quando locus, *ibid.*
Fera non vulnerantis, sed occupantis fit, 183. a, t. 1.
Ferum animal sit, an mansuetum, unde æstimandum, 182. a, *ibid.* Feras etiam in alieno fundo captas fieri capientium, *ibid.*
Fideicommissa quandoque induci sine verbis fideicommissorum propriis, 477. b, *ibid.*
Fideicommissa vim obligandi non habuisse ante tempora Augusti, 602. b, *ibid.* De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum; & quorum ea jurisdictio, 604. b, *ibid.*
Fideicommissaria hæreditatis petitio an rectè numeratur inter actiones prætor. 417. b, t. 2.
Fideicommissum etiam ex certo die rectè dari, 606. a, *ibid.* Rectè relinqui etiam ab hæredibus legitimis & honorariis, 618. t. 1. An fideicommissum à legitimo hærede relictum, successione propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta, debeatur, *ibid.*
Fideicommissum hæreditatis quis, cui, à quo rectè relinquat, 605. b, *ibid.*
Fideicommissorum natura laxior quam legatorum, & quibus in rebus, 530. b, t. 1.
Fidejussor idem, qui & adpromissor, 169. b, t. 2.
Fidejuss. obligatio est accessio principalis, *ibid.*
Fidejussor pro omni obligatione rectè intervenit, excepta causa dotis, 170. b, *ibid.* Etiam pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur, 171. a, *ibid.* Quatenus in criminalibus recipiatur, *ibid.* Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur, *ibid.* Quid si obligatio sit mere civilis, *ibid.* Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum jure, *Nov.* 99. 173. a, t. 2. Obligatio plurium fidejussorum non dividitur ipso jure, sed ope exceptionis, 174. a, *ibid.*
Fidejussor intensivè obligari potest, extensivè non potest, 175. b, *ibid.* Acceptus in majorem quantitatem, quam debetur, ne in debitam quidem obligatur, 176. a, *ibidem*, & quid hodie, 177. a, *ibid.*
Fiducia veteribus, pignus, & propriè hypotheca, 346. a, t. 2.
Filiofam. hærede instituto repudiante, utrum pater, an substitutus, admittendus, 446. b. t. 1. Pleræque aliæ ejusdem generis quæstiones obiter excussæ, 447. b, *ibid.*
Filiorum appellatione an contineantur posthumi, nepotes, filiæ, 110. a, t. 1.
Filiusfam. quando hæredum ab intestato habere cœpit, 32. a, t. 2.
Filiusfam. in publicis causis non sequitur jus patris, 106. a, t. 1.
Filiusfam. ne de iis quidem bonis testari potest, quorum fructus patri non quæritur, 394. a, *ibid.* An his codicillos facere, aut mortis causa hæc donare sine consensu patris, 395. a, *ibidem.*
Finium regundorum inter quos cujus rei gratia agatur, 367. a, t. 2.
Flumina, portus, piscatio, quo jure hodie censeantur, 172. b, t. 1.

Fœminæ agnatæ non consanguineæ quo ordine vocentur à prætore, 26. b, t. 2.
Formulæ in actionibus in personam usitatæ & quali locus, cùm agitur ex obligatione faciendi, 323. a, ibid.
Forum commune esse locum domic. 315.a, ibi.
Forum proprium quæ tribuant, & quid muratum moribus, ibid.
Fratres germani, & uterini, 28. a, t. 2.
Fratrum filii, quando soli existunt, utrum hæreditatem in capita, an in stirpes dividant, 49. a, ibid.
Fructuaria locata, quid juris circa pensiones, 226. a t. 1.
Fructuarii onera, 228. a, ibid.
Fructuario quid tribuat tum jus utendi, tum fruendi, 268. a, ibid.
Fructuarius an possideat, 343. a, ibid.
Fructuarius potest jus, quod habet, alteri locare, vendere, &c. 286. b, ibid.
Fructuarius & colonus in quo discrepent, aut conveniant, 227. a, ibid.
Fructus, quid, & quotuplex, 218. b, ibidem. Quando fructus percepti intelligantur, 219. b, ibidem.
Fructus non fiunt fructuarii, nisi ipse eos perceperit, 225. b, ibid.
Fructus percipiendi jus non transire ad hæredem fructuarii, licet majore parte anni ususfructus steterit. 226. a, ibid.
Frumentum ex spicis alienis excussum, manet ejus, cujus spicæ sunt, 200. a, ibid. Quid de vino & oleo, &c. expresso, ibid.
Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet, 265. a, t. 2. Non item, qui non lucrandi animo, ibid. Quid, si urgente fame esculenta ablata, ibid.
Furiosus à mente capto quid distet, 140. a, t. 1. Furta quàm variè apud varios mulctata, 269. a, t. 2. Non pugnare cum justitia attributrice, quod interdum morte puniantur, ibid. b.
Furti actio, quibus competat, 277. a, ibid. civilis an concurrat cum criminali, 281.a, ibid. etymol. 266. a, ibid. inquirendi ratio vetus, 268. a, ibid.
Furtiva conditione an hæres furis teneatur in solidum, 281. b, ibid.
Furtorum domesticorum coercitio vetus & hodierna, 278.a, ibid. genera, 267. a, ibid.
Furtum manifestum, ibid. nec manifestum, ibid. b.
Furtum non fieri sine contrectatione: & quid inde: tum quis contrectare dicatur, 264. b. ibid. fieri non intelligi, nisi sit, qui possideat, 265. b, ibid. per se & natura turpe esse, ibid. aliquo casu facere non videri, qui sciens rem alienam vendit, 298. b, t. 1.

Furti actio datur ob gallinam surreptam, 187. a, ibid.

G

Genus quid sit prudentibus, quid species generis legatum quando valeat, 568. a, & 569. b, ibid. ubi utile est generis legatum, regulariter electionem esse legatarii, ibid. b. Vetus inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia, ibid. An istius differentiæ adhuc ratio habenda, 570. a ibid, Quibus casibus electio sit hæredis, ubi testator id non expresſit, 570. b, t. 1. Electionem non usquequaque esse liberam, & quid hic jure patrio, 571. a, ibid.
Generationis vis fœminis citius incipi, quàm in maribus, 132. a, t. 1.
Gradus hæredum ex serie succeſsionis, à testatore factæ, æstimandos, 441. a, ibid.
Graduum cognationis distinctionem cur nosse oporteat, & cur seriem cognationum Jurisconsulti gradus vocitent, 55. t. 2.
Graduum dinumerationis discrimen inter jus civile & canonicum, 72. a, t. 1. Qua serie gradus numerentur, 55. a, t. 2.
Grege legato, etiamsi unica ovis tantùm supersit, eam legato cedere: & cur non idem in legato usufructu gregis, 162. a, t. 1.

H

Habitatio quid, 290. a, ibid. Habitatio tam vendi, quàm locari potest, ibid. b.
Hæres unde dictus, 522. b, ibid.
Hæredes omnes apud nos voluntarii, 527.a, ibi.
Hæreditas propriè quid sit, 346. b, ibid. quibus modis deferetur, 347. a, ibid.
Hæreditas jacens, diversa consideratione rectè dicitur repræsentare personam defuncti, & personam hæredis, 423. a, ibid. In quibus hæreditas personæ vice fungi non potest, 137. b, t. 2.
Hæres quasi obligatur legatariis fideicommissariis, creditoribus non item, 244. b, t. 2.
Hæres à legatariis cogi non potest, ut adeat, 599. b, t. 2.
Hæreditas in tot partes distribui potest, quot testator voluerit, 425. a, t. 1.
Hæreditatem olim qui & in quantum capere non potuerint, 418.b, ibid. Qui & in quantum hodie hæredes institui non possint, ibid.
Hostem occidere an liceat, postquam captus est, 37. b, ibid.
Hostium res, veteribus eodem loco fuerunt, quo res nullius, 188. a, t. 1. Ager ex hostibus captus, cur publicus fiat, ibid. & quid de mobilibus, tum olim, tum hodie, ibid. b.
Hypotheca, vide Fiducia

Hypothecaria, nomen commune, *vide* Pignoratitia.
Hypothecaria legatariis à Justiniano primum data: item qua de re, adversus quos, ea competat, 528. b, *ibid.*

I

IN impensas condemnandus victus victori, & si non petitas, 450. a, t. 2.
Imperativa verba interdum vim habere precariorum, 625. a, t. 1.
De impuberis delicto, 280. a, t. 2.
Impuber pubertati proximus an obligetur naturaliter, sine tutoris auctoritate contrahens, 158. b, *ibid.* Cur non obligetur auctore patre, 159. b, t. 2.
In jure, & in judicio fieri, diversa veteribus, 313. b, *ibid.*
Incertæ personæ cur olim non rectè legaretur, 575. a, t. 1. Cur tale legatum solutum per errorem repeti non potuerit, 576. b, *ibid.*
Indebiti soluti conditio ut competat, quæ requirantur, 245. b, t. 2. An error juris repetitioni semper obstet, 246. a, *ibid.* Obligatio indebiti per errorem soluti, siene ex vero, an quasi ex contractu. Causæ ex quibus indebitum errore solutum non repetitur, & cur id placeat, 248. a, t. 2.
Individuum quot modis dicatur, 60. a, t. 1.
Individua vitæ consuetudo, *ibid.* b.
Infans quamdiu quis habeatur; & gradus ætatis pupillaris, 157. a, t. 2. Infantiæ proximus, *ibid.* Proximi pubertati, & an hi naturaliter sine tutore obligentur, 158. b, *ibid.*
Ingenui quinam veteribus, & postea, dicti; & quid propriè vox Ingenuus, 42. a, t. 1.
Ingenuitatis inter quos vertatur quæstio, 357. a, t. 2.
Injuria re quot modis fiat, 296. b, *ibid.* Injuriam factam an verbis liceat repellere, 297. b, *ibid.*
Injuria remissa, adhuc peti posse impensas, &c. 305. b, *ibid.* Cur dissimulatione injuria aboleatur, *ibid.* An idem obtineat in reali injuria, *ibid.* Plures species tacitæ remissionis, *ibid.* In actione injuriarum annus utilis, an continuus; & ex quo tempore currat, *ibid.* Actio injuriarum ex lege Cornelia perpetua, 307. Levius & atrox injuria unde æstimetur, 303. b, t. 2.
Injuriæ quæ pœna ex lege 12. tab. 301. quæ ex dicto prætoris, 302. a, *ibid.* ex lege Cornelia, *ibid.* b. Actionem injuriæ ad palinodiam, civilem esse, non criminalem, 304. a, *ibid.* In actione criminali pœnam extra ordinem constitui: civili electa, an consumi, & contra, *ibid.* b. Civiliter conventus actione injuriarum, qua ratione infamiam effugiat, *ibi.*
Injuriarum actio cur nec in hæredem, nec hæredi detur, 420. a, t. 2.
In jus vocatio an pars judicii, 453. b, *ibid.* Effecta in jus vocationis, 454. a, *ibid.*
In jus vocare, quid sit; & quid citare, *ibid.*
Instituti sine partibus ex æquis partibus succedunt, quamvis testamento non facto æqualiter successuri fuissent, 429. b, t. 1.
Instituti ex imparibus partibus, atque invicem substituti, 443. b, *ibid.*
Institutio servi alieni sustinetur ex persona domini proprii ex consequentia libertatis, 419. a, *ibid.* Quid juris in servo communi ab uno é dominis hærede instituto, 420. a, *ibid.* Quid si servus hæres institutus sit à fructuario, *ibi.* b.
Institutionem hæredis multorum moribus ad substantiam testamenti non desiderari, 438. b, *ibid.*
Institutus ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re, quod bonorum omnium hæres fiat, id esse ex subtilitate juris, 426. a, t. 1.
Insula in mari cur rarò nascatur, 193. a, *ibid.* cur frequenter in flumine, *ibid.* in flumine nata, est vicinorum possessorum, *ibid.* b, non proprietate tantùm, sed etiam usu, 194. a, *ibid.* pro qua parte cuique vicinorum acquiratur, *ibid.* b, quo jure, *ibid.* quid hic apud nos, 195. a, *ibid.*
Interdicta cur potissimum de possessione proposita, 436. a, t. 2. Quæ interdicta causam proprietatis, ac quasi, contineant, 435. b, *ibi.*
Interdicta retinendæ & recuperandæ possessionis etiam fructuario dari, 442. b, t. 2.
Interdicta adipiscendæ possessionis, 438. a, *ibi.*
Interdictorum divisio à forma, 435. b, *ibidem.* Uti possideris, & Utrubi, vetus differentia, ejusque sublatio: tum quid hic jus Canon. & mores hodierni, 441. b, *ibid.*
Interdictum quid sit juxta veterem formulam, & quid hodie, 435. b, *ibid.*
Interdictum quorum bonorum, cui, adversus quem competat: cui bono comparatum, 438. a, *ibid.*
Interdictum Salvianum adversus quos detur, 439. a, t. 2. Affine huic interdicto remedium actio Serviana, & cur interdicto experiri utilius, *ibid.* b.
Interdictum *unde vi* quatenus Canonibus extensum: & de remedio can. redintegrandæ: tum quomodo hic apud Batavos procedatur, 446. a, *ibid.*
Interdictum *unde vi* quibus, quarum rerum nomine detur, 445. a, *ibi.*
Interesse, qua ratione incertum, 131. b, t. 2.
Interrogationis & responsionis congruentia unde

de æstimanda, 152. b, *ibid.* Quid juris, si diversitas versetur circa rem aut quantitatem, 153. a, *ibid.* Quid si circa qualitatem, *ibid.* b.
Intestabiles qui dicantur: & an aliquam habeant testamenti factionem, 365. a, t. 1.
Intestato filio mortuo, peculium castrense quando, & quo jure, ad patrem pertineat, 392. b, *ibid.*
Intestatus quis dicatur, & an ea appellatio etiam ad pupillum furiosum, &c. pertineat, 2. a, t. 2. cessioni ab intestato quando locus, testamento irrito facto, 3. a, *ibid.*
Inventarii beneficium, 518. a, t. 1. ejus neglecti pœna, 519. a, *ibid.* jus hodiernum circa adeundam sub beneficio inventarii hæreditatem, *ibid.*
Inventario non confecto, an hæres amittat quartam Trebelliani, & an testator hujus quartæ deductionem prohibere possit, 613. a, *ibid.*
Inventio, species occupationis, 189. a, t. 1.
Inundatio, quid propriè; & quæ ejus vis 197. a, *ibid.*
Circa innundationes quid juris apud Hollandos, *ibid.* b.
Irrita fieri quando dicantur testamenta, 479. a, t. 1.
Iter, quid sit; quid eo contineatur, 300. a, t. 1.
Judex secundum conscientiam, an secundum acta & probata, judicare debeat, 457. b, t. 2.
Judex, per imperitiam male judicans, cur non æquè ex delicto obligetur, ac medicus malè curans; & circa hoc mores hodierni, 306. b, t. 2. de dolo, 307. b, *ibid.*
Judex per se non competens potest ex accidenti competens fieri; & quibus ex causis, 316. a, t. 2.
Judicis & arbitri nomina quàm variè accipiantur, 318. b, *ibid.*
Judices omnes secundum leges & mores judicare debere, 458. a, *ibid.*
Judicis officium in judicando, 456. b, *ibid.*
Judicio constituendo, personæ necessariæ, 318. b, t. 2.
Judicia ordinaria olim, & extraordinaria quæ, 447. b, *ibid.*
Jura captivitatis inter quos adhuc conserventur: & quid circa hæc inter Christianos, 38. a, t. 1.
Jura prædiorum quo adspectu servitutes dicantur, 250. b, *ibid.*
Jure Magistratus quæ competere dicantur, & quæ specialiter tributa, 124. b, t. 1. illa mandata jurisdictione transire, hæc non item, 124. b, *ibid.*
Juris variæ significationes, 7. a, *ibid.* propria, quæ huc quadrat, *ibid.* præcepta tria, 10. a, *ibid.* divisio, 11. b, *ibid.* publici nomen, *ibid.* Animalia bruta juris non sunt capacia, 14. a, t. 1.
Juris accrescendi, inter plures in eumdem usumfructum conjunctos, propria, 283. b, *ibi.*
Juris Æsdomici ratio; & qualis ex eo jure successio, 51. b, t. 2.
Juris civilis Batavici distinctio, 31. a, t. 1.
Jurisconsultorum auctoritas non fuit propriè νομοθετική, 28. a, *ibid.*
Jurisdictionis verbum, latius sumptum, etiam ad specialiter concessa referri posse, 125. a, t. 1.
Juris non scripti, quanta, & unde auctoritas 29. a, *ibid.*
Juris Scabinici ratio, & quo fundamento nitatur, 51. a, t. 2.
Jurisprudentia media, quæ, 26. b, *ibid.*
Jurisprudentiæ subjectum, ejusque considerandi modus, 8. b, t. 1.
Jurisprudentiæ veteris contra accusationem Triboniani defensio, 17. b, t. 2.
Jus accrescendi an testator prohibere possit, 427. a, t. 1. V. 487.
Jus civile, in genere, 16. b, *ibid.*
Jus gentium, quid, & unde æstimandum, 17. a, *ibid.* Ejus distinctio, in primævum, & secundarium, *ibid.* b.
Jus in definitione actionis quæ significet, 313. a, t. 2.
Jus naturale, seu gentium, primævum, & immutabile, 33. a, t. 1. eam immutabilitatem præcipuè apparere in communibus notionibus, *ibid.* b.
Jus personæ, & status, sive conditio, quomodo differant, 35. a, *ibid.*
Jus sanguinis, quot modis dicatur, 117. b, t. 1.
Jus vitæ & necis in servos, non omnes gentes usurparunt, 55. a, *ibid.*
Jusjurandum calumniæ, quid sit, 449. b, t. 2.
Jusjurandum advocatorum & procuratorum, in singulis causis, 450. a, *ibid.* & circa hæc mores hodierni, *ibid.* b.
Justitia non est potentia naturalis, sed habitus, 8. a, t. 1.
Justitiæ distributio, in universalem, & particularem, 6. b, *ibid.* an ea necessaria, *ibid.* Justitia particularis, ejusque species, *ibidem.* Justitia commutativa, non semper respicit proportionem arithmeticam, nec distributiva geometricam, *ibid.* Disciplina civilis spectat etiam justitiam universalem, *ibid.*

L

LApis pro milliario; & unde ea appellatio, 157. b, t. 1.
Latini liberti quo jure fuerint, 46. b, *ibid.*
Legari à legatario cur olim non potuerit, & an hodie posſit, 621. a, *ibid.*
Legari quæ res posſint, aut non posſint, rem alienam legari, nihil vetat, 532. b, *ibidem.* Quid juris, ſi res communis legata, 533. a, *ibid.* Effectus legati rei alienæ, *ibid.* b. Legatum rei, commercio ſimpliciter exemptæ, inutile; item ejus, quæ ædibus juncta, 533. b, *ibid.* Quid ſi res legata exempta commercio certæ perſonæ, *ibid.* Quid ſi feudum legatum, 535. a, *ibid.* Legatum rei alienæ, niſi ſingulari conjectura adjuvetur, cur demum valeat, ſi teſtator ſciverit alienam eſſe, *ibid.*
An legati mandata Principis vel populi præcise debeant ſequi, 232. b, t. 1.
Legata ante hæredis inſtitutionem relicta, cur olim inutilia, 586. a, *ibid.*
Legata & fideicomm. à Juſtiniano primum exæquata, 529. b, *ibid.* eis communia jure veteri, 622. a, *ibid.*
Legata relicta civitatibus, collegiis, pauperibus, 575. b.
Legatarii & fideicommiſſarii particulares, cur ad teſtimonia teſtamentaria admisſi, 373. a, *ibid.* Divinatio quorumdam circa hoc improbata, *ibid.*
Legatarii, & creditores, quatenus cum hærede agere posſint conſumpta portione reſtituta, 617. a, t. 1.
Legati vindicationis, & damnationis differentia, & ſublatio, 527. b, *ibid.*
Legatorum onus ad ſolum fideicommiſſarium pertinet, 614. b, *ibid.* natura ſtricta, & cancellis circumſcripta, 530. a, t. 1. genera, 526. b, *ibid.*
Legatum nominis; & quid eo contineatur, 566. b, *ibid.* legatum nominis extinguitur, ſi teſtatore vivo debitum exactum, aut ultro ſolutum, *ibid.* admitti tamen probationem non mutatæ voluntatis, 567. a, *ibid.*
Legatum omnium bonorum uſusfructus, an valeat, alio hærede poſt mortem legatarii inſtituto, 436. a, *ibid.*
Legatum, poſt mortem hæredis aut legatarii relictum, olim non valebat: in tempus mortis relictum, contra: & cur tam variè, 587. b, *ibidem.*
Legatum, quo debitor creditori legat quod debet, non valet, niſi amplius ſit in legato, quam in debito: & quot modis accidat, ut plus ſit in tali legato, 555. a, t. 1.
Legatum rei pignori obligatæ, legato rei alienæ ſimile, 536. a, *ibid.*
Legatum rei, quæ in rerum natura nondum eſt, an purum ſit, an conditionale, 538. a, *ibi.*
Legatum rei, quæ legatarii propria ſit, inutile; nec convaleſcere, ea poſtea alienata, 550. a, *ibidem.*
Legatum unde dictum, 524. b, *ibid.*
Lege regia jus omne populi privativè in Principem translatum, 24. a, t. 1.
Lege Voconia mulieres hæredes inſtitui non potuiſſe, 603. a, *ibid.* Accurata in hoc legis caput inquiſitio, *ibid.* a.
Legem condere non poteſt populus, alterius imperio ſubjectus, 17. a.
Leges quibus Comitiis à quibus magiſtratibus latæ, 220. a, *ibid.*
Leges Furia, Voconia, Falcidia, quo ſenſu dicantur teſtatorum gratia latæ, 594. b, t. 1. hæredum potisſimum cauſa, *ibidem.* Quid à quo cautum ſingulis, 595. a, *ibid.* & *ſeq.*
Legis duodecim verba, *uti quique legaſsit ſuæ rei*, expoſita, 594. a, *ibid.*
Legis varia ſignificatio, 21. b, *ibid.*
Legitima portio quid, 500. a, *ibid.* Auctio hujus portionis num ad parentes quoque & fratres pertineat, *ibid.* An, ut augeri & minui legitima poteſt, ita & in totum tolli, *ibidem.* Si minus legitima relictum, qua actione quod deeſt, petatur: novique & veteris juris differentia, 501. a, *ibid.* Actio ad ſupplementum in quibus differat à querela, *ibid.* b. Legitima hodie titulo inſtitutionis relinquenda, 505. a, *ibid.*
Legitimæ & quartæ Trebellianicæ deductio juxta cap. *Raynutius*, 613. a, *ibid.*
Legitimati an ad feudum admittantur, 5. a, t. 2.
Legitimatio, & ejus objectum, 81. a, t. 1. Legitimatio per oblationem curiæ, uſu receſſit, 82. *ibid.* a.
Legitimatio per ſubſequens matrimonium, ſine dotalibus inſtrumentis non procedit; ſecus jure canonico, & moribus, *ibid.* b. Legitimatio per reſcriptum Principis, 83. a, *ibid.*
Lex Aquilia, 286. a, t. 2.
Lex quando obligare incipit, 20. a, t. 1.
Lex Voconia, 26. b, t. 2.
Liberationis legatæ quis effectus, 554. a, t. 1.
Liberorum appellatione omnes veniunt, qui ex nobis deſcendunt, 110. b, t. 1.
Libertatis directæ, & per fideicommiſſum datæ, differentia, an ſublata, 624. a, *ibid.*
Libertatis quæſt. inter quos vertatur, 357. a, t. 2.
Libertini ingenuis exæquati, & à quo, 47. b, t. 1.
Libertinus & libertus, quid differant, 44. a, *ibid.*
Libertus centenarius, 63. a, t. 2.

Li-

Limitati agri jus alluvionis non habent, 190. b, t. 1.
Litteræ olim chartæ, hodie charta litteris cedit, 215. a, *ibid.*
Litterarum obligatio, 178. b, t. 2. an rectè sic appelletur, 180. b, *ibid.*
Litis contestatio, quid sit, 454. b, *ibid.* an aliquando à parte rei per affirmationem inducatur, 455. a, *ibid.* ejus effecta, *ibid.*
Litteras scire, aut nescire, quid, 151. b, t. 1.
Locatio, & emptio, unde quibusdam in casibus dignoscantur, 212. b, t. 2.
Locatio, quid, & quotuplex: tum quæ res aut facta locationem recipiant, 203. a, *ibid.* Locationis & emptionis communia, 204. b, *ibid.* In locatione operarum diverso respectu idem & locator & conductor dicitur, 205. a, *ibid.* Singularia quædam circa locationes agrorum apud Batavos, *ibid.*
Locationi factæ à venditore emptor stare non tenetur, 215. b, *ibid.*

M

MAcedonianum Senatusconf. 402. a, *ibid.* Maleficia omnia quo sensu dicantur ex re nasci, 264. a, t. 2.
Mandatum quid, 226. a, *ibid.* Mandati variæ divisiones, 227. a, *ibid.* quid differat à consilio, 230. a, *ibid.* Consilium tale, instar mandati esse, si quis alicui suaserit, ut pecuniam credat certæ personæ, 232. a, *ibid.*
Mandatum incertæ rei an & quando valeat, 227. b, *ibid.*
Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem, 231. *ibid.* De excedente fines mandati quædam non trita, 232. a, *ibid.* Mandatum cur solvatur revocatione mandantis, 234. b, *ibid.* Cur morte utriusque, 235. a, *ibid.* an morte mandantis finiatur, cùm mandavit quid fieri post mortem, *ibid.* b. Casus, quibus mandatario post mortem mandantis implenti mandatum actio datur, 236. a, *ibid.* Cur mandatum solvatur renuntiatione mandatarii 237. b, *ibid.* Quid si intempestivè renuntiet, *ibid.* Qualis culpa in mandati judicio veniat, *ibid.* Mandatum non vitiatur constitutione honorarii; nec datur tamen de ipso honorario mandati actio, 238. b, *ibid.*
Manumissione servi alieni legati, hæres ita liberatur, ut nec æstimationem debeat: & quid si res legata evicta, 559. b, t. 1. Quid si hæres proprium servum, à se legatum ignorans manumisit, *ibid.*
Manumissionis species, 43. b, *ibid.* Manumissio vindictæ, 44. b, *ibid.*
Mariti in bonis uxoris quæ moribus hodiernis potestas, 158. b, *ibid.*
Materiæ dominium non amittit, cujus ex materia in alieno solo ædificatur, 210. b, t. 1. Materiæ dominus ædificans in alieno, quando proprietatem materiæ amittat, *ibid.* Materiæ pretium à possessore qua ratione servari queat, 211. a, *ibid.*
Matrimonia parentum cum liberis incestuosa in summo gradu, 68. a, *ibid.*
Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos non procedit sine dispensatione, 83. a, *ibid.*
Matris & avi materni præteritio vim exhæredationis habet, 416. b, *ibid.* etiam jure novissimo, *ibid.*
Merces locationis an consistere possit in alia re, quàm pecunia numerata, 207. a, t. 2.
Miles etiam pro parte testatus decedere potest, 428. a, t. 1.
Milites capite damnati an & quatenus jure militari testari possint, 385. b, *ibid.*
Militis testamentum an subjaceat querelæ inofficiosi, 415. b, *ibid.*
Militibus testantibus in expeditione remissa omnia, quæ subtilitatem magis quàm naturalem rationem habent, 380. a, t. 1. Causa hujus privilegii, *ibid.* In hybernis, &c. locatos tale privilegium non habere, 381. a, *ibi.*
Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem, 471. a, *ibid.*
Minor 25. annis procurator idoneus alienæ litis, 52. b, t. 1.
Modi acquirendi jure civili singul. 291. a, *ibid.*
Mores hodierni circa capturam ferarum, 183. b, *ibid.*
Mutiana cautio, & an ea quoque locum habeat in contractibus, 125. b, t. 2.
Mulierem præferri anteriorem hypothecam habentibus, & expressam, iniquum videtur, & quid, 377. a, *ibid.* & si liberi, &c. *ibid.* b.
Mulieres cur arceantur à testimoniis testamentariis, 364. t. 1.
Mutui etymon, 102. a, t. 2.
Mutuum an sit species alienationis, 329. b, *ibid.* Mutuum non confirmari consumptione facta mala fide, 330. b, t. 1. Nummi quando consumpti intelligantur, *ibid.* Si mala fide consumpti, quæ tunc actio, 331. a, *ibid.*
Mutuum quid, 98. b, t. 2. Materia mutui, 99. a, *ibid.* Cur mutui datio tantum consistat in rebus consumptibilibus, *ibid.* a. Forma mutui propria, *ibid.* b. Finis & effectus, *ibid.* Debitorem posse eam rem, quam mutuo accepit, in specie reddere, 110. b, *ibid.*

Na-

N

NAti ex concubina non magis, quàm vulgo quæsiti, jus agnation. habent, 45. a, t. 2.
Nati ex damnato coitu, omnis successionis sunt expertes, *ibid.* b.
Naturales liberi quot modis dicantur, *ibid.*
Naturalis omnis obligatio ipso jure nudo consensu tollitur, 262. a, *ibid.* Item re integra & civilis nudi consensus, & honoraria pignoris, *ibid.*
Navis levandæ causa quæ ejiciuntur, pro derelicto non haberi, 245. b, t. 1. Circa res ejectas aut naufragio perditas quid juris cum olim tum hodie, 246. b, *ibid.*
Negotiorum gestio quale factum, 241. a, t. 2. Actio ex gesto directa cui detur, cui item contraria, quid utraque contineat, *ibid.* Cujus culpæ nomine negotiorum gestor teneatur, 242. a, *ibid.*
Nepos ex filio naturali an per subsequens matrimonium avi defuncto patre fiat legitimus, 42. a, t. 1.
Nepos post mortem avi conceptus & natus non potest avo suus hæres existere, 10. b, t. 2. Nec bonorum possessionem tanquam cognatus accipere, 11. *ibid.* b.
Nepotes ex diversis filiis, etiam ubi soli sunt, stirpes familiam ercifcere, 9. a, *ibid.*
Nomen quo effectu à creditore alienetur, 322. a, *ibid.*
Nominum propriorum differentia subtilius, quàm vulgo explicata, 580. a, t. 1. Error in nomine legatarii non vitiat legatum, *ibid.* b. Error in nomine proprio rei legatæ non vitiat, in appellativo contra, 581. a, *ibid.* Quid si testator rem oculis subjectam alieno nomine appellaverit, *ibid.* b.
Notarii publici an stipulando alteri acquirant: & quid juris hodie, 149. a, t. 2.
Novatio quid, quæ in ea necessaria, 259. a, *ibi.*
Novationis effectus, *ibid.* b. Quot modis novatio fiat, *ibid.* Novatio, quæ fit per litis contestationem, & quid differat à voluntaria, *ibid.* Novatio quando fieri intelligatur, si ab eodem debitore quis stipuletur, 260. a, *ibid.* Quid circa novationem novo jure inductum: ubi multa notabilia, 261. a, *ibid.*
Noxales actiones an rectè inter arbitrarias numerentur, 382. a, t. 2.
Noxa, noxia: noxæ dedere, 404. a, *ibid.*
Nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia, reddi possunt, 100. b, *ibid.* Aucto aut diminuto nummorum valore, eos reddi oportere ea æstimatione, quæ est, cùm solvuntur, *ibid.*
Nummos rectè numerari inter res corporales, 248. a, t. 1.
Nuptiæ comprivignorum licitæ, 76. b, *ibid.*
Nuptiæ fratrum & sororum interdictæ, etiam jure divino, & moraliter, 69. a, *ibid.*
Nuptiæ quatenus prohibitæ in linea transversa inæquali: & an huic prohibitioni consentanea lex divina, 71. a, *ibid.* Nuptiæ consobrinorum civili & divino jure licitæ: secus jure Canonico, 72. a, *ibid.* Nuptiarum prohibitio inter affines lineæ rectæ, 73. b, *ibid.* lineæ transversæ, 74. a. *ibid.* inter affines transversæ lineæ interdicta Levit. 18. an moralia. *ibid.*
Nuptiarum perfectio, nihil præter legitimum consensum desiderat, 58. b, *ibid.*

O

OBligatio naturalis nudo consensu tollitur, 262. a, t. 2.
Obligationes, quæ re contrahi dicuntur, 97. a, *ibi.*
Obligationum summa divisio, 89. b, *ibid.* Obligatio naturalis, *ibid.* Obligationes naturales non omnes eumdem effectum jure civili habere, & quæ qualem habeant, 90. a, *ibidem.* Obligatio mere civilis, *ibid.* b. Obligatio mixta, *ibid.*
Officium jus dicentis aliud, quàm officium judicis: & in quibus utrumque consistat, 455. b. t. 2.
Oleum, *vide* frumentum.
Opere servorum vix est, ut servitutibus personalibus annumerentur, 266. a, t. 1.
Optionis & electionis legatum idem esse, 572. a, t. 1. differre à legato generis & alternativo, *ibid.*
Optionis legatum habuisse olim conditionem cohærentem personæ legatarii, *ibid.* b.
Orcini liberti, & numquid juris in eos familiæ, 624. a, *ibid.*
Orficiano Senatusconsulto filius & filia ad matris successionem vocantur, non item nepos & neptis ad successionem aviæ, 40. a, t. 2. quod postea mutatum, *ibid.* Ex eodem ad matris successionem admittuntur & spurii: Quid moribus hic receptum, 41. b, *ibid.*
Ordinis beneficium quale sit, & quid quibus tribuat, 173. b, *ibid.* non pertinet ad fidejussores judiciales, 174. b, *ibid.*

P

PActa hodie etiam actionem parere juxta scita juris Canonici, 97. a, t. 2.
Pactum de quota litis jure improbatum, 239. a, *ibid.*
Pactum nudum quid, & cur ex eo jure civili non detur actio, 94. b, *ibid.* Pacta legitima & in continenti adjecta, *ibid.* Ex continenti adjecta an insint ex parte actoris in contractibus stricti juris, 95. a, *ibid.*

Pœ-

Pœna constituta in eos, qui plus quovis modo petunt, 388. b, *ibid.*
Pœnæ nomine legare quid sit, 589. b. t. 1. Cur tale legatum veteribus improbatum, *ibid.* a. Cur probatum Justiniano, *ibid.* a.
Pœna stipulatione incertitudini obligationis occurri, 131. a, t. 2. An per subjectam pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur, *ibid.*
Pœnalem stipulationem valere, quamvis inutili subjecta sit, 165. b, *ibid.* Pœnam committi etiam ei, cujus nihil interest, *ibid.* Pœna debetur, quantacumque promissa, 166. a, *ibid.* Quoties stipulantis interest alteri dare, stipulatio alteri facta valet, *ibid.* b.
Partum ancillæ cur placeat in fructu non esse, 228. a, t. 1.
Parentibus quo jure alimenta debeantur, 15. a, *ibid.*
Pater quo jure olim, ut pater, successerit filio, 22. a, t. 2.
Patria potestas quo sensu proprium civium Romanorum, 62. a, t. 1. qualis ea olim, postea, & hodie, *ibid.* b.
Parricii genere semper à plebejicis distincti, non ordine, 22. b, *ibid.*
Patricii qui olim, qui postea dicti, 96. b, *ibid.*
Patris jura quibus modis apud nos solvantur, 101. a, *ibid.*
Patroni & parentis manumissoris comparatio, 99. b, *ibid.*
Patroni, parentes, &c. sine venia in jus vocari non possunt: item hujus juris ratio, 354. a, t. 2. & circa id mores hodierni, *ibid.* b.
Patronos lex 12. tabb. non alio jure censuit, quàm agnatorum, 62. a, t. 1.
*Patronum ab adoptivis excludi cur magis iniquum visum, quàm patrem, fratrem, &c. *ibidem.*
Pavones & columbæ omnes generis fieri, 186. a, t. 1. De peculio quando actio in patrem non datur, 309. a, t. 2.
Peculio legato, quod vivo testatore accedit, aut decedit, cujus lucro vel damno sit, 564. b, *ibid.* Quid si post mortem testatoris, *ibid.*
Peculio pagano adventitio cum castrensi communia, 592. b, t. 1.
Peculium filiifam. quid sit: quot ejus species: & quid singulæ, 336. a, *ibid.* Adventitii peculii proprietas primum quibusdam in bonis, postremo generaliter filiofam. concessa, usufructu patri relicto, *ibid.* b. Quibus casibus plena hic proprietas filio acquiratur: & quid circa hæc moribus nostris & Gallorum, 337. a, *ibid.*
Pecuniæ appellatione res omnes continentur, 250. a, t. 1.
Pecuniæ signatæ usus perantiquus, 195. b, t. 2.
Permutationis incommoda, *ibid.*
Periculum & commodum rei venditæ ad quem pertinent emptione perfecta, 198. a, *ibid.* Quid juris apud nos ex constitutione Caroli V. 200. a, *ibid.*
Petitoris in actione rescissoria intentio, 337. a, t. 2.
Picturæ cur tabulam cedere placeat, 216. b, t. 1. Domino tabulæ adversus pictorem quomodo succurratur, 217. a, *ibid.* In concursu adversus tertium possessorem uter præferendus, *ibid.* b.
Pignoratitia actio quando nascatur, 113. a, t. 2. quid differat ab hypothecaria, *ibidem*: ad quid creditor pignoratitius teneatur, *ibid.*
Pignora in vicem satisdationis quando admittantur, 143. a, t. 1.
Pignoris varia significata, 112. a, t. 2.
Pignus contrahi etiam sola conventione, *ibid.*
Pignoris vendendi formam à Justiniano præscriptam hodie non observari, 328. a, t. 1. etiam cum convenit; ut pignus distrahere liceat, unum saltem denuntiationem requiri, 327. b, *ibid.* Et quid juris si solutio sua die non facta, *ibid.*
Pignus inter, & hypothecam, nihil interesse, quantum ad actionem hypothecariam, 346. a, t. 2. Inter pignus & hypothecam quid propriè intersit secundum usum juris, *ibid.* b.
Pignus persequenti creditori quarum rerum probatio incumbat. 344. a, *ibid.*
Piscandi jus in flumine quo sensu dicatur commune, 172. a, t. 1.
Pisces in alieno stagno capti cujus sint, 182. b, *ibidem.*
Portus, *vide* Flumina.
Posthumi alieni servus cur rectè institui hæres potuerit, ipse non potuerit, 423. a, t. 1.
Posthumi qui propriè dicantur: & qui impropriè seu quasi posthumi, 407. a, *ibid.* Qui ex his agnascendo, qui succedendo testamentum rumpant, *ibid.* b. Cur nepti quasi posthumæ plus tributum olim, quàm filiæ, 408. a, *ibi.* Jus antiquum circa institutionem & exhæredationem posthumorum, *ibid.* b. Quid Gallus circa nepotis posthumi institutionem introduxerit, 409. a, *ibid.* Quid lex Velleja, *ibidem.*
Posthumi similes incertis personis, 577. a, *ibid.*
Posthumi sui & alieni, *ibid.* b.
Posthumus alienus quo sensu dicatur olim hæres institui potuisse, 578. a, *ibid.*
Posthumorum appellatione venire omnes liberos nascituros, 110. a, *ibid.*
Postliminio reversus quando quis intelligatur, 97. a,

97. a, *ibid.* Quæ res postliminio recipiantur, & quid juris hodie, *ibid.* Origo vocis postliminii, *ibid.* b.

Possidere quid sit in argumento usucapionis, 180. a, t. 1. Possessionem legitimi temporis ad usucapionem definiti continuam requiri, *ibid.* Possessionis interruptio, ejusque effectus, *ibid.* Etiam alienæ possessionis accessione uti licere ad implendam usucapionem, 191. b, *ibid.* Possessionem justam defuncti prodesse hæredi etiam scienti rem alienam esse injustam, nocere etiam ignoranti, *ibid.*

Possessionis accessione auctoris sui quando successor particularis utatur, 192. a, *ibid.*

Possessio cur per extraneam personam acquiri possit, jus aliquod non possit, 344. b, *ibid.* Per consequentiam adeptæ possessionis etiam dominium acquiri, 345. a, *ibid.* vel conditionem usucapiendi, sed demum postquam scientia intervenit, *ibid.*

Possessio rerum hæreditariarum nec suis hæredibus continuatur, 6. a, t. 2.

Possidere quid propriè sit, 442. a, *ibid.* Vetus controversia circa retentionem & amissionem possessionis, quæ à Justiniano sublata, 443. a, *ibid.* Etiam solo animo possessionem retineri, *ibid.* Ad acquirendam possessionem & animo opus esse, & simul aliquo actu corporali, 443. a, *ibid.* Quibus modis possessio amittatur, *ibid.* a.

Possidere pro hærede prove possessore quis dicatur in interdicto, quorum bonorum, & alia nonnulla scitu digna, 438. b, *ibid.*

Possessor bon. fid. qui in alieno ædificavit, qua ratione pretium materiæ & impensas consequatur, 211. a, t. 1. quid juris in malæ fidei possessore, 212. a, *ibid.*

Possessor bonæ fidei fructus perceptos suos facit, 223. a, *ibid.* consumptos lucratur, extantes omnes restituit, *ibid.* b. Praxis, 224. a, *ibid.* Ratio hujus juris, 221. a, *ibid.*

Possessor bonæ fidei quis sit, 220. b, *ibid.* quid si postea cognoverit rem alienam esse, *ibid.*

Possessor bonæ fidei an domino servum vindicanti restituere debeat, quod ex operis servi paratum extat, 342. b, *ibid.*

Possessori cum petitorio cumulatio, 441. a, t. 2. Qui possessores quos fructus restituere debeant, 460. a, *ibid.* Non possidenti nullam eo nomine actionem dari, 211. a, t. 1.

Possessor malæ fidei nullos fructus percipiendo suos facit, aut consumendo lucratur, 224. b, t. 1.

Possessores prædiorum provincialium quale jus olim habuerint. 238. a, *ibid.*

Potestatis vocabulum in magistratu, 149. b, *ibid.*

Prædia eorumque jura cum effectu juris considerata nunquam loco distinguuntur, 256. a, *ibidem.*

Præjudicialis actio quid, quotuplex, & unde sic appellatur, 356. b, t. 2. Cur actionibus in rem annumeretur, 357. a, *ibid.*

Prælegatum dotis jure antiquo semper plus habuit, quàm dotis obligatio, 557. b, t. 1. ac idem adhuc jure novo, *ibid.*

Præscriptio non currit adversus agere non valentem, 339. a, t. 2.

Præscriptio morator. & aliæ dilatoriæ, 26. a, t. 1.

Præscriptio quadriennii fiscalis, nec olim cognita, nec canonibus aut moribus præcepta, 303. a, 308. b, *ibid.*

Præsumptio duplex pro instrumento, 163. b, t. 2.

Præterita filia & nepotibus in potestate existentibus, quid olim juris, 402. a, t. 1. quid præteritis posthumis, 405. a, *ibid.* quid præteritis emancipatis, 413. b, *ibid.* quid præteritis adoptatis, 414. b, *ibid.* quid novi circa hæc introduxerit Justinianus, *ibid.*

Præteritis à patre liberis, an legata beneficio novæ legis conserventur, 492. a, t. 1.

Præterito filio, qui in potestate est, testamentum jure civili nullum esse: unde quatuor consectaria, 401. b, *ibid.* An tale testamentum prorsus inutile etiam jure prætorio, 403. a, *ibid.*

Prætextatus sermo, 298. b, t. 2.

Prætor circa successiones ab intestato quomodo jus vetus emendarit, 69. b, *ibid.*

Prætor hæred. facere cur non possit, 70. b, *ibid.*

Prætori unde, & qualis condendi juris potestas, 27. a. t. 1.

Processus judiciarii partes, 453. b, t. 2.

Princeps quatenus de bonis subditorum disponere potest, 57. b, t. 1.

Principes an & quatenus legibus soluti, 486. a, *ibidem.*

Privilegiorum usus rarus in statu Democratico, 26. a, t. 1.

Probatio negativæ, arctatæ loco & tempore, 161. a, t. 2.

Procurator, & officium ac potestas, maximè hodie, &c. 410. a, *ibid.*

Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato, 412. b, *ibid.*

Procuratorum distinctio vulgata, in simplices, & cum libera, latè improbatur, 240. b, t. 1.

Prodigus, qui facto ipso talis, an is demum, cui simul interdicta rerum administratio, 139. b, *ibid.* non potest testamentum facere, 397. b, *ibidem.*

Promittens metu, licet coactus, obligatur, & quare, 423. b, t. 1.

Pro-

Profanum quid, & unde dictum, 176. b, t. 1.
Provincialium qui vectigales, qui stipendiarii, 239. a, *ibid.*
Pubertatis in masculis ex annis etiam olim æstimatio, 131. b, t. 1.
Puberum minorum 25. annis obligatio, 159. a, t. 2.
Publicianæ actionis introducendæ causa, 336. a, *ibid.*
Cur ut competat Publiciana, necesse sit rem traditam esse: & an aliquando competat re nondum tradita, 335. b, *ibid.* An & de rebus incorporalibus: ubi & de bona fide, &c. 336. b, *ibid.* An etiam vero domino detur, & an cum rei vendicatione cumulari queat, *ibid.*
Cur requiratur, ut possessio amissa sit, & amissa casu, *ibid.* b. Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio, 337. a, *ibid.* Adversus quem detur: quid ei obstet: tum quis ejus exitus, *ibid.*
Pupillariter substituere pater non potest, multo minus mater, liberis emancipatis, 451. a, t. 1. nec nepoti in potestate constituto, quem pater antecedit, *ibid.* An ut valeat substitutio pupillaris, sufficiat liberos in potestate esse tempore mortis, *ibid.* Vulgari casu expresso etiam pupillarem contineri, *ibid.* b. An & ex converso, *ibid.*
Pupillo, in quem solutio collata rectè solvi, 332. a, t. 1. Debitorem, pupillo sine tutoris auctoritate solventem, non liberari, licet dominium transferat, *ibid.*
Pupillus, aut minor, non restituitur beneficio ætatis adversus solutionem factam secundùm constitur. Justin. 333. a, *ibid.* Quid si nummos ita solutos salvos habeat, *ibid.* Si pecunia, quam pupillus sine tutoris auctoritate credidit, perierit, utrius futura sit jactura, 334. a, *ibid.*

Q

Quarta D. Pii totorum bonorum, an portionis ab intestato debitæ quarta pars sit, & num etiam hæc aucta, 88. b, t. 1.
Querela cur etiam parentibus detur, & quibus, quando, 494. b, *ibid.* Quod statim post liberos ad querelam admittantur parentes, contra rationem juris videri, *ibid.* b. An jure novissimo fratres cum parentibus ad querelam admittendi, 495. a, *ibid.* An fratres uterini cum consanguineis debeant concurrere, *ibid.* b.
Querela inofficiosi testamenti quando liberis exhæredatis aut præteritis necessaria, 488. a, *ibid.* quando posthumis, 497. b, *ibid.*

Querela inofficiosi utrum sit actio, sive petitio; an remedium aliquod ab actione separatum, 491. a, *ibid.*
Querela non datur iis, qui alio jure venire possunt, 497. a, *ibid.* Pareuti manumissori cur detur, cùm contra tabulas petere possit, *ibid.*
Querelæ inofficiosi cur colorem dementiæ veteres prætexuerint, & num idem adhuc hodie, 493. a, *ibid.*
Querelæ inofficiosi renuntiare videri, qui judicium defuncti agnoscit: & in universum de effectis agnitionis & oppugnationis judicii defuncti, cum collatione juris veteris & novi, 502. a, *ibid.*
Quasi contractus quid sit, 241. a, t. 2. Obligationem ex quasi contractu non esse ex tacita conventione, 240. a. Tacitum cum ficto, expressum cum vero perperam confundi, 239. b, *ibid.*
Quasi ex contractu hæres legatariis propriè obligatur, non creditoribus hæreditariis, 244. a, t. 2.
Quasi maleficium, quid, 506. a, *ibid.*

R

Rapinæ pœna, 284. b, *ibid.* Pœna rapinæ, quæ privatis applicatur, &c. exolevit, 285. b, *ibid.*
Recipere, quid, 347. b, *ibid.* Actionis recepticiæ & constitutoriæ discrimen, *ibid.*
Regula: ***Quod semel utiliter constitutum est, durat, licet ille casus extiterit, unde incipere non potuit***, quando locum habet, & quando contraria, 397. a, t. 2.
Regulæ: ***Neminem posse rogari, ut plus restituat quam ipse cepit***, declaratio, 622. b, *ibid.*
Reipub. causa qui abesse dicantur; & quæ horum peculiaria, 149. b, *ibid.*
Religiosus locus ut fiat, quæ necessaria, 177. a, *ibid.*
Remedium ***l. ult. Cod. de edict. D. Hadriani tollendo***, 439. a, t. 2.
Reorum duorum debendi, & promittendi, &c. 132. b, *ibid.*
Rerum communium usus omnibus competit, 169. b, t. 1. quatenus harum rerum quid occupari, quod effectu possit, 170. b, *ibidem*: quatenus differant ab his, quæ nullius sunt communi usui non attributa, *ibid.* a.
Rerum immobilium translatio quid jure Batavorum desideret, 240. a, *ibid.*
Res omnes aut in bonis nostris sunt, aut extra bona, tertium genus non datur, 168. a, *ibid.*
Res sacræ, & persona consecrantis, 175. b. *ibidem.*

Rescindentis & rescissorii judicii commentum, 339. a, t. 2.
Rescripta contra jus elicita, & preces sub & obreptitiæ, 26. a, t. 1.
Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis, ubi & alia, 338. b, t. 1. adversus eum qui præsens rem absentis usucepit, 340. a, *ibid.* Restitutio adversus usucapionem an detur ex sola causa ignorante, *ibid.* Restitutio & rescisio ex edicto, quæ in fraud. cred. 342. b, t. 2.
Retentio rei dotalis quibus ex causis marito olim concessa, & quid postea hic novi, 392. a, *ibid.*
Retentio extra causam dotis, *ibid.*
Reus quid & unde dictus, 132. a, t. 2. Duo rei stipulandi, *ibid.* Duo rei promittendi, 132. a. Duo rei debendi non aliter nunc fiunt, quàm si id specialiter actum, *ibid.* Jure novissimo iis competere beneficium divisionis, non tamen in foro mercatorum, 134. a, *ibid.* Solutione, aliove modo, qui vice solutionis fit, promissore ab uno è reis credendi liberato, totam tolli obligationem, *ibid.* b. Uno è duobus reis promittendi solvente, &c. omnes liberari, *ibid.*
Ripa quid sit. 173. a, t. 1.
Ripa non sequuntur conditionem fluminis, ut littora maris, *ibid.* b.
Roma olim commune forum, 315. a, t. 2.

S

SAbiniano Senatusconsulto quid cautum, 17. b, *ibid.*
Sacra privata, 176. a, t. 1.
Sancti appellatio quàm latè pateat, 178. b, *ibid.* Inter sancta an rectè portæ numerentur, 179. a, *ibid.*
Satisfatio tutorum apud nos qualis, & nonnulla alia, 143. b, *ibid.*
Satisdationum modus & usus hodiernus, 416. a, t. 2.
Satisfacere & solvere, item fidejubere & expromittere quomodo differant, 239. b, t. 1.
Scriptura non pertinet ad essentiam legis, 20. a, *ibid.*
Senatusconsulti Maced. scopus, 402. b, t. 2.
Senatusconsulto Trebelliano quæ incommoda causam dederint, 607. a, t. 1. Quæ Senatusconsulto Pegasiano, 608. b, *ibid.* Hoc Senatusconsulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommissa hæreditatis, 608. b, *ibid.* Discrimen legis & Senatusconsulti circa res, quæ imputantur, *ibid.* Hæres qui ultro totum, quod rogatus est, restituit, an solus onera subeat ex Pegasiano, 610. b, t. 1. Caput Senatusconsulti de cogendo nollentem adire, 611. b, *ibid.*
Senatus juris condendi potestatem quando, & unde acceperit, 23. a, t. 1.
Senatusconsulto Tertilliano matri ter aut quater enixæ liberorum delata legitima hæreditas, 38. a, t. 2. Qui matri prælati ex eo Senatusconsulto, *ibid.* Jus novum circa matris legitimam successionem liberorum vulgo quæsitorum, *ibid.*
Sententia sine certa quantitate prolata cur non valeat, 384. a, *ibid.*
Sententiæ certitudo unde metienda, *ibid.* etiam in petitione incerta certam debere ferri sententiam, *ibid.* b. Quibus casibus certa sententia ferri nequeat, *ibid.* b.
Sententiæ nullius momenti quæ, licet injustæ, valeant, & quid circa hæc in Belgio, 456. b, t. 2.
Sepulchra privata antiquorum, & hodierna, 177. a, t. 1.
Servi quomodo à dominis tractandi, 56. b, *ibid.*
Servi pœnæ qui, 95. a, *ibid.*
Servitus pœnæ sublata, *ibid.*
Servi in his regionibus nulli, 59. a, *ibid.*
Servi cur nobis etiam ignorantibus & invitis acquirant, 339. a, t. 1. Cur hinc excipiatur hæreditas, 339. b, *ibid.* An possesio per servum domino ignoranti acquiratur ex quacumque causa, 340. a, *ibid.*
Servitus quo sensu dicatur contra naturam esse, 37. a, *ibid.* Voluntaria in servitutem datio, 40. a, t. 1.
Servitus prædii quid sit, quid ea requirat, 251. b, *ibid.*
Servitutes prædiorum omnes perpetuam causam habere debent, *ibid.*
Servitutes altius non tollendi, luminum, & ne luminibus officiatur, an differant, 260. b, *ibid.* Aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, an inter servitutes prædiorum rectè numerentur, 262. a, *ibid.*
Servitus communi prædio ab uno neque constitui neque acquiri potest, 263. b, *ibid.* Ad constituendam servitutem non sufficit sola pactio, 264. a, *ibid.* Ultima voluntate constituitur ipso jure, *ibid.* Per usum ac possessionem nostram quomodo capiatur, *ibid.* b, quibus modis amittatur, 266. a, *ibid.*
Servitutes stillicidiorum & fluminum, 268. b. *ibid.* Jus altius tollendi sitne servitus, 269. b, *ibidem.*
Servitutes tigni immittendi & oneris ferendi sunt distinctæ, item projiciendi & protegendi, 257. b, *ibid.*
Ser-

Servitutum personalium species, 273. a.
Servo proprio hærede instituto, quo circa acquirendam hæreditatem effectus, 421. b, *ibid.* Quid circa idem instituto servo alieno, *ibid.*
Servo hæredis cur putè inutiliter legetur, 585. a, *ibid.* Cur domino hæredis utiliter, *ibid.* b.
Servo alieno qui paterfamilias credebatur, instituto, hæreditas ex æquo dividitur inter substitutum servi & dominum, 448. b, *ibid.*
Servus fructuarius cui acquirat, si dicat se domino proprietatis accipere ex re fructuarii, 341. a, *ibid.*
Servus fructuarius contemplatione fructuarii hæres institutus, jussu fructuarii hæreditatem adire debet, 341. b, t. 1.
Servus proprius simpliciter tutor datus directo liber fit, 107. b, *ibid.*
Sestertius & sestertium, an idem valeant, 63. b, t. 2.
Societas quid, quarum rerum, quando & quomodo, 215. a, *ibid.* Species societatis subjectis distinctæ, 217. a, *ibid.* Universorum bonorum societas, & ejus effecta, *ibid.* Inter conjuges moribus Belgi, *ibid.* Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit, *ibid.* b. Si de partibus societatis nihil convenerit, partes in lucro & damno æquales esse, 218. b, *ibid.* Si partes expressæ, hæ servandæ, qualiscumque collatio fit, *ibidem.* Notabilia quædam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur, 220. a, *ibid.* Quid si convenerit, ut unus lucri fit particeps, damni immunis. *ibid.* b. Si in una tantùm causa, puta in lucro, pars expressa, in altera eadem servari debet, 221. a, *ibid.* Societas unius è sociis renuntiatione solvitur, *ibid.* b. Quibus ex factis renuntiatio tacitè arguitur, 222. a, *ibid.* Malitiosa renuntiatio quatenus cui noceat, *ibid.* Solvi societatem etiam morte unius è pluribus & quo id pertineat, *ibid.* b. Ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio societatis exigatur, 225. b, *ibid.*
Solemnitates quatenus quibus in testamentis paganorum remissæ, 361. a, t. 1. quatenus jure Canonum & multorum moribus, *ibid.* b.
Solutio quid propriè, 251. b, *ibid.* Aliud pro alio invito creditori solvi non posse, 252. a, *ibid.* Exceptiones hujus regulæ, *ibid.* Ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur, *ibid.* Licere unicuique pro debitore solvere etiam ignorante & invito, 253. b, *ibid.* Quid creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere, & quid si alius pro emphyteuta canonis solutionem offerat, 254. a, *ibid.* Fidejussore pro reo simpliciter solvente, utrum ipso jure reus liberetur, an per exceptionem, *ibid.* b.
Sortis judicium apud veteres frequens, 574. a, t. 1.
Species, *vide* Genus.
Species nova non acquiritur facienti, nisi eam fecerit suo nomine & bona fide, 199. a, *ibid.*
Specificatio pertinet ad modos acquirendi per occupationem, 189. b, *ibid.* Circa specificationem Proculi & Sabini dissensus, 199. b, *ibid.* Media sententia qua ratione nitatur, *ibi.*
Sponsalia, eorum genera & effectus, 61. a, *ibid.*
Sponsores, vades, prædes, 170. a, t. 2.
Spurii an pro turpibus personis habendi, 495. b, t. 2.
Status controversiam quis pati dicatur, 152. b, t. 1.
Statuta qui qua conditione condere possunt, 16. b, t. 2. *ibid.*
Stipendium & tributum an differant, 148. *ibid.*
Stipulatio quid sit, 114. b, t. 2. Stipulationum usus quàm varius, 115. a, *ibid.*
Stipulatio non habet certam & determinatam naturam, *ibid.* b. Stipulationis vera originatio, 117. a, *ibid.* Ad substantiam stipulationis quæ adhuc requiratur, *ibid.* b. Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura fere confundi, 118. a, *ibid.* Ex pura stipulatione statim agi potest, 619. a, *ibid.*
Stipulatio non valet, in quam res deducta est, quæ non est, nec unquam fuit. Ubi de hippocentauris, 143. a, *ibid.* Quid si deducta res, quæ esse desiit, *ibid.* Quid si, quæ non sit in commercio, 144. a, *ibid.* Quid si stipulator sciat non esse in commercio, *ibid.* b. Quid si ille ignoret, promissor sciat, 145. a, *ibid.* Quando stipulatio utilis earum rerum, quæ secundum quid extra commercium, *ibid.* De stipulatione rei suæ, *ibid.* b. Stipulatio extinguitur in casum deducta, unde incipere non potuit, 146. a, *ibid.* An ex contrario iterum restituatur, *ibid.* Res commercio exempta, nec sub conditione in stipulatum rectè deducitur, *ibid.*
Stipulatio in alium collata, quid tribuat stipulatori, 149. b, *ibid.* Quid adjecto solutionis causa, 150. a, *ibid.* Quid permittat promissori, *ibid.* Quid si adjectus statum mutaverit, *ibid.* b. Quid juris, si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur, 155. a, *ibid.*
Stipulatio post mortem stipulatoris aut promissoris aut in ante diem mortis concepta cur olim inutilis, 162. a, *ibid.* Qua ratione jus vetus mutatum, *ibid.* Stipulatio præpostera, *ibid.* b. post mortem alterius concepta, aut in tempus mortis eorum, 163. a, *ibid.*

Quid intersit, utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deductæ, 164. b, *ibid*.

Stipulationes, & obligationes ad hoc comparatæ ut unusquisque requirat sibi: qui alii stipulatur, nihil agit, 148. b, *ibid*. 165. a, *ibid*. Quæ hic cautiones adhibendæ, 148. b, *ibid*. Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur, 149. b, *ibid*.

Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, 611. b, t. 1. partis & pro parte, 609. b, *ibid*. Cur hæ stipulationes captiosæ, 613. a, *ibidem*.

Stipulationes rem pupilli salvam fore, rem ratam haberi, & duplæ, an rectè dicantur communes, 141. a, t. 2.

Stipulationum judicialium usus, 139. a, *ibid*. Exempla harum stipulationum, *ibid*.

Stipulationes prætoriæ unde cognoscantur, earum usus & exempla, *ibid*. b. Quibus in causis locus ædilitiis, *ibid*. Distinctio stipulationum judicialium & prætoriarum ad usum fori accommodata, 140. a, *ibid*.

Subsidiaria actio quando pupillis detur adversus magistratus, 145. b, t. 1. qui magistratus ea actione teneantur, & an hodie adhuc in usu, 147. a, *ibid*.

Substitutio vulgaris in suo hærede non operatur in casum impotentiæ, sed noluntatis, 442. a, *ibid*.

Substitutio pupillaris unde dicta, & quo aspectu substitutio, 449. a, *ibidem*.

Substitutio pupillaris extinguitur anno quartodecimo aut duodecimo completo, 469. b. *ibid*. Si longius tempus comprehensum, an substitutio valeat jure fideicommissi, *ibid*. An ad causam fideicommissi trahatur substitutio à pubertate incipiens, *ibid*. Apud Batavos substitutioni pupillari non est locus, & quid de exemplari, 471. b, *ibid*.

Substitutio exemplaris quo consilio introducta, 457. Quid juris si uterque parens exemplariter substituat, 458. a, *ibid*. Substitutio exemplaris an ad mutuos quoque & surdos porrigenda, *ibid*. b. Etiam impuberibus, mente captis, qui in potestate sunt, rectè exemplariter substitui, 459. a, *ibid*. Si plures sint mente capti, liberi, vel fratres, posse vel unum ex his substitui, *ibid*. b. An & exhæredatis exemplariter rectè substituatur, 460. a, *ibid*. An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo, *ibid*.

Substitutionis verbum quàm variè usurpetur, 439. a, *ibid*. Substitutionis divisio in directam & fideicommissariam, *ibid*. Substitutionis nomine simpliciter posito intelligi directam, & perfectam hujus definitio, *ibid*. b. Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi, 441. a, *ibid*.

Substitutionis pupillaris exhæredato factæ formula, 463. a, *ibid*. Substitutio filii exhæredati partem legari non posse, sicut nec ab ipso exhæredato, *ibid*. b.

Substitutionis pupillaris formula generali soli vocati intelliguntur, qui hæredes nominatim scripti, 468. a, *ibid*. Ex eadem formula soli veniunt, qui patri hæredes extiterunt, *ibid*. b. Alius ejusdem formulæ effectus, *ibid*.

Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto, 445. a, *ibid*.

Substitutus pupillo quando vi formulæ vulgaris admittatur, 454. a, *ibid*. Quando vi formulæ pupillaris, *ibid*. b.

Substitutus pupillaris excludit hæredes omnes legitimos, etiam matrem, 455. a, *ibid*. etiam quoad legitimam, *ibid*. b. Idem in pupillari tacita, 476. a, *ibid*.

Succedere in capita quid sit, quid in stirpes, 8. a, t. 2.

Succedendi ab intestato ratio ex jure novissimo. Successio liberorum, 47. b, *ibid*. Successio parentum, 48. a, *ibid*. Successio collateralium, *ibid*. b.

Succedendi ab intestato ratio apud Batavos, 51. a, *ibid*.

Successioni id legitimis hæreditatibus cur olim non esset locus, 51. a, *ibid*. Cur Justinianus admiserit, *ibid*. b. Quid sit, quod dicitur, successionem non esse in suis hæredibus, & num id mutatum, *ibid*.

Successiones in stirpes usus initio tantùm inter suos hæredes fuit: tum hujus successionis ratio, 8. a, *ibid*. Quatenus procedente tempore extensa, *ibid*. b. Cur in ea proximior ulteriorem non excludat, *ibid*. Ad successionem intestati qui descendentium lege 12. tabb. & à prætore vocentur, 19. a, *ibid*. Juris veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti nitatur, *ibid*. b. Quatenus primum *leg. C. Theod.* de in *l. ult. C. de suis*, & *leg. liber.* juri veteri derogatum, & alia non trita, *ibid*. & *seqq*.

Sui hæredes qui dicantur, 508. b, t. 1. ratio hujus nominis & quædam alia non passim obvia, 509. a, *ibid*. Altera horum hæredum qualitas, scilicet necessitas, & quid ea operetur, 510. b, *ibid*. Prætor jus suitatis non sustulit dato beneficio abstinendi, sed necessitatem, 511. a, *ibid*.

Surdi & muti pro hærede gerere possunt, 523. a,

a, *ibid.* Quid si hæreditas delata infanti aut furioso, *ibid.* b.
Surdos & mutos natura in militiam legi non posse, 390. *ibid.*
Suspectum rectè postulari etiam apud eum, cui mandata jurisdictio, 160. b, *ibid.*
Suos hæredes sub alia conditione institui non posse, quàm quæ sit in eorum potestate, 434. a, *ibid.*
Suus hæres an quis existere possit, quo tempore inspiciendum, 9. b, t. 2.
Suus hæres accepto vulgari substituto, ex necessario fit voluntarius, salva qualitate sui hæredis, 442. a, t. 1.

T

TEstamentum an annulo dumtaxat signare licuerit, an & alio instrumento, 363. b, *ibid.*
Testamenti factio quotuplex, 364. b, *ibid.*
Testamenta non notis, sed litteris scribenda, 375. a, *ibid.*
Testamenti scripti, 358. b, *ibid.* mixti ex prætorio & civili forma, *ibid.* In testamento scripto non exigi, ut testis intelligat sermonem testatoris, 359. a, *ibid.* Singularia in testamento cœci, 398. b, *ibid.*
Testamenti factionem aut filiifam. non h buerint, 391. a *ibid.* Cur ne patre quidem consentiente potuerint testari, & quid hic de codicillis & mortis causa donatione, 392. a, *ibid.* Circa hæc mores nostri, 395. b, *ibid.*
Testamento patris non subsistente, & filii nullum esse, 466. a, *ibid.* ideo patrem prius sibi debere testamentum facere, 465. b, *ibid.*
Testamento patris per querelam rescisso, pupillarem substitutionem concidere, & cur non item bonorum possessione cont. tabul. 466. a, *ibid.* quid juris hic jure novissimo, *ibidem*, b.
Testamento scripto cum nuncupativa communia, 377. a, *ibid.* discrepantia, 377. a, t. 1.
Testamentum factum juxta statutum aut consuetudinem alicujus loci, an etiam vim habeat extra illum locum, 378. a, *ibid.*
Testamentum unius in plures codices referri potest. An testamenta plurium in codicem unum, 376. a, *ibid.*
Testamentum à pagano non ritè factum, si is postea militare cœpit, an id jure militiæ valeat sine nova voluntate in castris declarata, 386. b, *ibid.*
Testamentum in procinctu, 353. b, *ibid.* Calatis comitiis, 352. b, *ibid.* per æs & libram, 354. a, *ibid.* Quando hæc in usu esse desierint, 355. b, *ibid.*
Testamenti prætorii forma, 358. b, *ibid.*
Testamentum antea factum cur furor postea incidens, &c. non vitiet: capitis diminutio vitiet, 397. a, *ibid.*
Testamentum ut consistat, quænam in persona testantis requirantur, 390. a, *ibid.*
Testamentum apud hostes factum, jure postliminii non convalescere, 399. a, *ibid.* quid hic juris hodie, 400. a, *ibid.*
Testamentum in genere quid sit, 348. a, *ibid.* aliæ testamenti descriptiones examinatæ, *ibid.* allusiva & vera testamenti notatio, *ibid.* b. Genera testamentorum, *ibid*, a.
Testamenti factio sitne juris gentium, an juris civilis, 349. b, *ibid.* Liberam testandi potestatem apud multos non esse, nec apud nos de feudis, 351. b, *ibid.*
Testamentum ruptum nativitate posthumi præteriti, eo ante patrem mortuo, vires recipere, 480. a, *ibid.*
Testamenti posterioris cancellatione restitui prius, cujus tabulæ integræ, *ibid.* b. Differentiæ circa restitutionem testamenti irriti facti maxima aut media capitis diminutione, & arrogatione, 481. a, *ibid.*
Testamentum ritè factum nuda contraria voluntate non infirmari, quamvis coram septem testibus declarata, 482. a, t. 1. Quid juris sit causa adjecta, *Quia volo decedere intestatus*, *ibid.* b. Cur ne novi quidem testamenti incœptio vim corrumpendi prioris habeat, 483. b, *ibid.* Temperamenta hujus doctrinæ, 484. b, *ibid.*
Testamentum quot modis rumpatur, 473. a, *ibi.*
Testamento deleto, inciso, &c. utrum fisco deferatur hæreditas, an venientibus ab intestato, 474. a, *ibid.* An jura de incisione, inductione, &c. agentia pertineant etiam ad testamenta nuncupativa de quibus instrumentum conficitur, ut tunc moris est, *ibid.* b. Cur prius testamentum rumpatur per posterius, etiam tabulis integris manentibus, 475. a, *ibid.* etiamsi non vocetur, *ibid.* Quid juris, si prius testamentum contineat clausulam derogantem, *ibid.* Quid si ex posteriore nemo hæres extiterit, *ibid.*
Testamentum destitutum, 476. a, *ibid.*
Testandi facultatem natura non habet, quem natura voce & auditu privavit, 390. a, t. 1. Quid de his, qui casu aut surdi facti, notata simul oscitantia compositorum, 484. b, t. 1. & quid hic jure communi, 390. a, *ibid.*
Testandi forma in his regionibus, 377. b, *ibid.*
Testandi facultatem capite damnati olim amittebant. An postea ab eo jure recessum, 390. a, *ibidem.*

Tes-

Testandi jure militari privilegium etiam nostri temporis militibus competere, 389. b, *ibidem*.

Testato pro parte & intestato nemo decedere potest: & quam rationem id habeat, 426. b, *ibid.* Circa idem mores hodierni, 428. a, *ibidem*.

Testatoris voluntas declarata testamento minus solemni an obliget in foro conscientiæ, 360. a, *ibid.*

Testes ad testamentum adhiberi non possunt, muti, surdi, cœci, 365. a, *ibid.*

Testis in testamento esse non potest, qui est in potestate testatoris, & quid de filio emancipato, 368. a, *ibid.* An pater in testamento filii post missionem testantis de castrensi peculio rectè testis adhibeatur, 369. a, *ibid.* Testes domestici cur reprobentur, & quid hic testimonium domesticum, 370. a, *ibid.*

Testis an rectè adhibeatur hæredis pater, in cujus potestate non est, aut filius hæredis emancipatus, 372. a, *ibid.*

Testibus in testamento militis scripto opus non esse, 382. b, *ibid.* Quot testes à milite per nuncupationem testante adhibendi, 383. a, *ibid.* An rogatio testium militi necessaria, *ibid.*

Testium conditio tempore testamenti spectanda, 366. a, *ibid.* Idem juris & in habilitate putativa, *ibid.* b. Quid si quis è testibus ante apertas tabulas moriatur, *ibid.*

Thesauri varia significata, 230. a, *ibid.* Inventus in loco proprio acquiritur inventori, *ibidem*, b. Quamvis locus sacer aut religiosus, 231. a, *ibid.* In alieno inventus, pro dimidio inventoris fit, pro altera dimidia conceditur domino, 233. a, *ibid.* Ratio hujus juris, *ibid.* b. Quid juris hodie, *ibid.* a.

Tigni appellatio quàm latè pateat, 207. b, *ibid.*

Traditio vera & ficta, 234. b, *ibid.* Citra traditionem dominia jure gentium non transferri, *ibid.* An ad transferendum dominium requiratur vacuæ possessionis traditio, *ibidem*. Traditione non transferri dominium, nisi justa causa præcesserit, saltem opinione tradentis, 236. b, *ibid.* Dissensio in causis tradendi an & quando impediat dominii translationem, *ibid.* b.

Triboniani collectiones minimè necessariæ, 17. a, t. 2.

Triboniani duplex error animadversus, 154. b, t. 1.

Triboniani testimonium de nudorum corporum inspectione suspectum, 131. b, *ibid.*

Tutela in abstracto considerata est juris gentium, in concreto juris civilis, 126. a, *ibid.* Tutelæ affectatæ, 150. b, *ibid.*

Tutela legitima minima capitis deminutione non amplius tollitur, 112. b, *ibid.* Ejus vis apud nos usus: & quid moris cessante testamentaria, 113. a, *ibid.*

Tutelæ legitimæ species, 110. b, *ibid.* agnatorum, 112. b, *ibid.* patronorum, 118. b, *ibid.* parentum, 119. a, *ibid.* fiduciaria, 120. a, *ibid.*

Tutelæ definitio explicata, 102. a, *ibid.* species tutelæ, 104. a, *ibid.* Tutela an munus publicum, 148. b, *ibid.*

Tutelam moribus hodiernis pubertate non finiri, 132. b, *ibid.*

Tutor an jure datus sit, quibus ex rebus æstimandum, 105. a, *ibid.* Qui, quibus testamento tutores dare possunt, 106. a, *ibid.* Tutoris à patre dati confirmatio quid differat à dato à matre vel extraneo, 105. a, *ibid.* Tutores confirmati pro testamentariis habendi, *ibid.* b. Tutorum genera apud nos, 106. b, *ibid.*

Tutor à magistratu dari non potest minor 25. ann. 108. b, *ibid.* Non potest dari ad certam rem, secus apud nos, 109. b, *ibid.*

Tutor præter dolum & culpam præstat, sed levem dumtaxat, 243. a, t. 2.

Tutor ob culpam latam remotus an fiat infamis, & quid moribus nostris, 164. a, t. 1.

Tutor interdum à magistratu datur impuberi ad adeundam hæreditatem, 122. b, *ibid.* Ratio cogendi tutores ad tutelam suscipiendam, 123. b, *ibid.*

Tutores dati, qui excusari volunt, non debent appellare, 156. b, *ibid.*

Tutores quando & quoties apud nos rationem reddant, 126. b, *ibid.*

Tutoris gubernatio quibus in rebus consistat. 127. a, *ibid.* Quibus in rebus necessaria aut supervacua tutoris auctoritas, *ibid.* b. Auctoritatis interponendæ modus, 129. a, *ibid.*

Tutoris unius ex pluribus satisdationi non obnoxiis provocatione cæteros satisdationi subjici: & quis ordo in gesta uni committendo, 144. b, *ibid.*

V

VEctigal navigantibus, qui jure imponant, 171. b, t. 1.

Venditor an præcisè teneatur rem tradere, 187. a, t. 2.

Venditor levem dumtaxat, non etiam levissimam culpam præstat, nisi custodiam in se susceperit, 200. b, *ibid.* Quarum rerum venditio rectè fiat, 203. a, *ibid.* Quid juris si uterque aut alteruter qualitatem rei nescierit, *ibid.*

Venditor an præsumatur fidem emptoris securus

tus ex eo, quod simpliciter rem tradiderit, 240. a, t. 1.
Venia ætatis quando, qua conditione & à quo concedatur, & cur citius fœminis, quàm masculis: ubi & mox de moribus patriæ, 135. a, *ibid.*
Veritas plus valet quàm opinio, interdum contra; & quando, 551. b, *ibid.*
Victus victori in expensas, &c. damnandus, 450. a, t. 1.
Via quid sit, quid contineat, & quibus rebus differat ab actu, 255. a, *ibid.*
Vindicare qui rem instituit, eum adhuc interdicto agere posse: & de judicii petitori cum possessorio cumulatione, 441. a, t. 2.
Vindicare quid, lis vindiciarium, vindiciæ, & alia, 361. a, *ibid.*
Vinum, *vide* Frumentum.
Violentiæ varia genera, 282. a, *ibid.*
Vitium actoris successori neque prodest, neque nocet, 307. a, *ibid.*
Vitium possessionis quomodo purgetur, 301. b, *ibid.*
Unio prolium in Germania, 84. b, *ibid.*
Universitas non titulum acquirendi, sed rem quæ acquiritur, significat, 346. a, *ibid.* Modi acquirendi per universitatem, *ibid.* b. Species acquisitionis per universitatem apud nos receptæ, 347. b, *ibid.*
Universitatis res quæ, & quantum in his juris singulis, 174. b, *ibid.*
Usuarius etiam ex fructibus industrialibus sumere potest: & qua conditione, 285. a, *ibid.* Modus utendi, & quàm largè aliquando cum usuario agitur, *ibid.* b. Quarum partium fundi possessio quodammodo penes usuarium, 286. a, *ibid.* Non potest utendam alii locare aut vendere, *ibidem.*
Usuarius non prohibetur, dum ipse inhabitet, partem ædium, quam non occupat, alteri locare, 288. a, *ibid.*
Usucapionis & præscriptionis vetus differentia, 292. a, *ibid.* Persona usucapientis quæ necessaria, & de bona fide, 293. b, *ibid.* De justo titulo, 294. a, *ibid.* Cur prædia provincialia usucapi non potuerint, *ibid.* b. Quæ res usucapionem non recipiunt, *ibid.* Error falsæ causæ obstat usucapioni, 303. b, *ibid.*
Usucapionis tempora an apud nos observentur, 296. a, *ibid.* Juris de usucapione constituti ratio, 295. a, *ibid.*
Usus quid sit, quid uti, quæ onera usuarii, 283. a, *ibid.* Quid inter usum & usumfructum intersit, tum in constituendo, tum in amittendo, *ibid.* b.
Usus servorum, 288. b, *ibid.* Jumentorum, 289. a, *ibid.* Pecorum, *ibid.* b.
Ususfructus in rebus fungibilibus constitui non potest, 273. b, *ibid.* In hoc rerum numero non sunt vestimenta, *ibid.*
Usufructus amittitur non utendo per modum constitutum, 279. a, *ibid.* Quanto tempore non utendo amittatur, *ibid.* b. An olim sicut adrogatione, ita & adoptione & emancipatione perierit, 278. a, *ibid.* Extraneo cessus ad proprietatem revertitur, 279. a, *ibid.* Cur mutatione rei extinguatur, 282. a, *ibid.* Quando res mutata aut non mutata intelligatur, 281. b, *ibid.*
Usufructus quibus modis constituatur, 271. b, *ibid.* Testamento constitui ipso jure, inter vivos pactionibus, sed si sequatur traditio, 272. a, *ibid.* Quid in definitione usufructus verbo juris significetur, 267. b, *ibid.* Quid si velint verba *Sublato corpore*, 271. a, *ibid.*
Usumfructum formalem semper esse in re aliena: & quo sensu dicatur pars dominii, 269. a, *ibid.*
Usufructus definitione non contineri colonum, creditorem ἀντιχρήσαντα, 268. b, *ibid.* neque maritum, hæredem fiduciarium, emphyteutam, 469. b, *ibid.* Quid in definitione sibi velit *salva rerum substantia*, 270. a, *ibid.*

FINIS.

IN-

INDEX II.
RERUM ET VERBORUM
IN TEXTUM INSTITUTIONUM.

A

ABsolutoria ut judicia, *lib.* 4. *t.* 12. *in fin.* de Accrescendi jure inter legitimos hæredes, *lib.* 3. *t.* 4. §. *ult.*

Actionis definitio, *lib.* 4. *t.* 6. *in pr.* ¶ Divisio prima in actiones reales & personales, §. 1. de Actione Confessoria & Negatoria, 2. Actionibus Prætoriis realibus, 3. Actione Publiciana, 4. Rescissoria, 5. Pauliana, 6. Serviana & quasi Serviana seu Hypothecaria, 7. Actionibus Prætoriis personalibus, 8. Constitutæ pecuniæ, 9. Peculii, 10. & 36. In factum ex jurejurando, 11. Pœnalibus, 12. Præjudiciorum, 13. Condictione suæ rei, 14. de Actionum nominibus, 15. ¶¶ Actionum Divisio secunda, §. 16. ac de Actionibus Persecutoriis rei, 17. Persecutoriis pœnæ, 18. Mixtis, id est tam in rem, quàm in personam, 20. ¶¶. Divisio tertia, §. 21. ac quidem de Actionibus in Simplum, 22. Duplum, 23. Triplum, 24. Quadruplum, 25. ¶. Subdivisio Actionum in Duplum, §. 26. in Quadruplum, 27. ¶¶. Divisio quarta, ac quidem de Actionibus bonæ fidei, §. 28. Uxoriæ rei actione, in actionem ex Stipulatu transfusa, 29. Compensationum & Potestatis judicis, in judicio bonæ fidei, 30. & 39. ¶. De Actionibus Arbitrariis, §. 31. ¶¶. Quinta Divisio, ac de Actionib. ratione, Petitionis incertæ quantitatis, §. 32. Pluris Petionis, 33. Petitionis minoris summæ, 34. Si aliud pro alio peratur, 35. ¶¶. Divisio sexta, ac quidem de Actione Peculii, §. 36. & seq. Item de Dote, §. 37. Item & adversus Parentem, Patronum, Socium, Donatorem, §. 38. de Actione Compensationum, §. 39. Cessionis bonorum, §. 40.

de Actione Ædilitia concurrente cum actione pauperiei, *lib.* 4. *t.* 9. §. 1.

Ad exhibendum, *lib.* 4. *t.* 17. §. 3. Communi dividundo, §. 5.

Actionis directæ, utilis & in factum jus ex lege Aquilia, *lib* 4. *t.* 3. §. *ult.*

Actione Exercitoria & Institutoria, *lib.* 4. *t.* 7. §. 2. Tributoria, §. 3. & directa in patrem & dominum, §. 7. itemque de prædictarum actionum concursu, §. *eod.*

Familiæ erciscundæ, *lib.* 4. *tit.* 17. §. 4.

Finium regundorum, §. 6.

Actio *Quod jussu* ut adversus dominum detur ob servi negotium, *lib.* 4. t. 7. §. 1.

de Actionibus ad hæredes vel in hæredes transeuntibus, *lib.* 4. *t.* 12. §. 1.

Noxalibus, *lib.* 1. *t.* 8. *pass.*

Perpetuis & Temporalibus, *lib.* 4. *t.* 12. *pass.*

Realibus, *lib.* 4. *t.* 17. §. 2.

de Adjudicationis jure & Actione, *lib.* 4. *t.* 17. §. *ult.*

Adoptionis divisio, *lib.* 1. *t.* 11. §. 1. Adoptare qui possint filiumfam. vel non, §. 2. de Adoptantis & Adoptati ætate, 4. de Adoptione in locum nepotis, neptis, vel deinceps, 5. Adoptione filii alieni in locum nepotis; vel nepotis in locum filii, 6. Adoptione in locum nepotis, & de nepote in adoptionem dando, 7. in Adoptionem qui dari possint, 8. Adoptare ut spadones possint, castrati non possint, 9. Item nec Fœminæ, 10. de Adoptivo servo, vel filio nominato à domino, 12. Adoptatus ut & liberi ejus una adoptentur, *lib.* 1. *t.* 11. §. 11.

Adoptionis ratio in patria potestate, *lib.* 1. *tit.* 12. §. 8.

in Adoptione si se dederit emancipatus, quid juris successionis ratione, *lib.* 3. *t.* 1. §. 10.

Adoptivorum agnatorum in succedendo juris ratio, *lib.* 3. *t.* 2. §. 2.

Adoptivorum filiorum & naturalium collatio, *lib.* 3. *t.* 1. §. 11.

Adoptivorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *lib.* 2. *t.* 13. §. 4.

Adquirere quibus personis, vel per quas personas liceat, *lib.* 2. *t.* 9.

Adquirendi modi per donationem, *lib.* 2. *t.* 7. ut Adquisitio fiat per universitatem, *lib.* 2. *t.* 9. §. 6.

de Adquisitione per adrogationem, *lib.* 13. *t.* 11.

de Adrogati liberis, *lib.* 1. *t.* 11. §. 11.

Adrogatione ut adquiratur, *lib.* 3. *t.* 11.

de Adulteriis & eorum judicio, *lib.* 4. *t.* 18. §. 4.

Ædificium ut solo cedat, *lib.* 2. *t.* 1. §. 29. & *seq.*

de

de Ædilitia actione, vid. in voce *Actione*.
Æliæ Sentiæ legis capita, *lib. 1. t. 6. in pr.* §. 1.
de Affinibus ratione nuptiarum, *lib. 1. t. 10.* §. 6.
Agere per quos liceat, *lib. 4. t. 10. in pr.*
Adgnati naturales qui, & eorum jus successionis, *lib. 3. t. 2.* §. 1.
Adgnati qui, & quibus modis adgnatio vel cognatio finitur, *lib. 1. t. 15.* §. 1. & 3.
de Adgnationis gradibus, *lib. 3. t. 6.* §. 8.
Ut non solùm proximi, sed etiam remoti succedant, *lib. 3. t. 2.* §. 5.
de Adgnationis jure ut hæreditates seu successiones deferantur tam per masculos, quàm per fœminas, *lib. 3. t. 2.* §. 3.
de Adgnatorum capite minutorum successione, *lib. 3. t. 5.* §. 1. aliorumque agnatorum & cognatorum, *ejusd. t.* §. 5.
de Agnatorum tutela ab intestato, *lib. 1. t. 15.* §. 2. & *t. 16.* §. 6.
ad quos Agnatos tutela pertineat, *lib. 1. t. 16.* §. 7.
Alienare quibus liceat, vel non, *lib. 2. t.* 8.
Alluvio fluminum vel maris, cujus juris, *lib. 2. t. 1.* §. 20.
Alvei jus quale, *lib. 2. t. 1.* §. 23.
de Ambitu, & de ejus judicio, *lib. 4. t. 18.* §. 11.
Animalium fœtus cujus juris, *lib. 2. t. 1.* §. 19.
Animalium mansuefactorum domini jus quale, *lib. 2. t. 1.* §. 15. & 16.
de Annona & de ejus judicio, *lib. 4. t. 18.* §. 11.
Annulorum usus in testamentis signandis, *lib. 2. t. 10.* §. 5.
Apum domini jus quale, *lib. 2. t. 1.* §. 14.
de Aquilia lege, *lib. 4. t. 3.* vide & inf. in voce *Legis Aquiliæ*.
Aquiliæ legis & Capitalis actionis concursus, *lib. 4. t. 3.* §. 11.
de Aquiliæ legis actionibus, vid. sup. *Actio*.
de Arbitrariis actionibus, *lib. 4. t. 6.* §. 31.
Armorum usus, *in princ. proœm.*
ab Augusta domo res vendita, donatione aut alio modo alienata, an usucapi posit, *lib. 2. tit. 6.* §. 9.

B

Bella Imperatoris Justiniani, *in proœm.* §. 1.
Bona fide personis possessis ut obligatio acquiratur, *lib. 3. t. 24.* §. 1.
de Bonæ fidei actionibus, *lib. 4. t. 6.* §. 28.
de Bonorum cessione, *lib. 4. t. 6.* §. *ult.*
Bona vacantia an usucapi possint, *lib. 2. t. 6.* §. 4.
de Bonorum possessione contra tabulas & unde cognati, *lib. 3. t. 1.* §. 12. & 13.
de Bonorum possessionibus in genere, *lib. 3. t. 10.* Harum ratio & effectus, *in pr. ejusd. tit.* Species ordinariæ & Jus vetus, §. 1. Jus novum, 2. Species extraordinariæ, 3. Petitio & tempus, 4. Jus accrescendi & successorium edictum, 5. Explicatio temporis, 6. & quomodo peti debeant, *ejusd. tit.* §. *ult.*

C

Cadentia in mare vel flumine rheda currente cujus juris, *lib. 2. t. 1.* §. 48.
Capitis deminutionis definitio & divisio, & de ejusdem speciebus, *in pr.* & *lib. 1. t. 16.* §. 1. 2. & 3.
Capitalis actionis & Aquiliæ legis concursus, *lib. 4. t. 3.* §. 11.
Captivitatis & postliminii ratio in patria potestate, *lib. 1. t. 12.* §. 5.
Captorum ab hostibus dominii jus quale, *lib. 2. t. 1.* §. 17.
Casus ut & quatenus puniatur aut excusetur lege Aquilia, *lib. 4. t. 3.* §. 3.
Causæ falsæ error an usucapionem pariat, *lib. 2. t. 6.* §. 6.
de Cessionis bonorum actione, *lib. 4. t. 6.* §. *ult.*
Clavium traditio cujus juris in dominio acquirendo, *lib. 2. t. 1.* §. 45.
Codicillorum origo, *lib. 2. t. 25. in princ.* Causa efficiens, §. 1. Materia, §. 2. de numero testium & solemnitate codicillorum, *eod.* §. 3.
Codicis compositio, *in proœm.* §. 2.
Cœcus an testari possit, *lib. 2. t. 12.* §. 4.
Cognationis ordinum & graduum collatio, *lib. 3. t. 7.* §. 1.
Cognationis divisio & gradus, *lib. 3. t. 6. à princ. ad* §. 8.
de Cognatione servili, *lib. 3. t. 7. in princ.*
de Cognatione servili in nuptiis, *lib. 1. t. 10.* §. 10.
de Cognatorum successione, *lib. 3. t. 3.* §. 5.
extra Commercium quæ esse dicantur, *lib. 3. t. 6.* §. 1.
Commodata res si subripiatur, quid juris, *lib. 3. tit. 1.* §. 16.
de Commodati obligatione, *lib. 3. t. 15.* §. 2.
Communis rei obligatio qualis, *lib. 3. t. 28.* §. 3.
de Communi dividundo judicio & actione, *lib. 4. t. 17.* §. 5.
de Compensationum actionibus, *lib. 4. t. 6.* §. 30. & 39.
de Conditione impossibili adjecta institutioni *lib. 2. t. 14.* §. 10. Item de Conditionibu pluribus adjectis, *eod.* §. 11.
Conditiones ut infirment obligationes, *lib. 3. t. 16.* §. 6.
de Conductoris morte, *lib. 10. t. 25.* § *ult.*
Conductor quid præstare debeat, *lib. 3. tit. 25.* §. 5.
de Conductione & Locatione, *lib. 3. t. 25. pass.*

ex Consensu obligationes quæ, & quale earum jus, *lib.* 3. *t.* 12.

de Consobrinis & Comprivignis in nuptiis, *lib.* 1. *t.* 10. §. 4. *&* 8.

de Constitutione, *lib.* 1. *t.* 12. §. 6.

de Contrahentium morte, *lib.* 3. *t.* 20. §. 24.

de Conventione mercedis, *lib.* 3. *t.* 25. *in princ.*

Creditori si pignus subripiatur, quid juris, *lib.* 3. *t.* 1. §. 14.

Creditor debitoris bona ut alienare posit, *lib.* 2. *t.* 8. §. 1.

Culpa ut & qutenus puniatur aut excusetur lege Aquilia, *lib.* 4. *t.* 3. §. 3. *&* 14.

Curator cavere nolens, quid juris, *lib.* 1. *t.* 24. §. 1. An uxori suæ datus maritus se excusare possit, *lib.* 1. *t.* 25. §. 19.

Curatores qui esse possint, item qui & à quibus dentur, *lib.* 1. *t.* 23. *pass.* Qui satisdare non coguntur, & quatenus in iis qui satisdare non coguntur, satisdatio locum habeat; itemque qui ex curationis administratione teneantur vel non, *lib.* 1. *t.* 24. *pass.*

Curatores quibus modis constituantur, *lib.* 4. *t.* 10. §. 2.

de Curatorum propriis excusationibus, *lib.* 1. *t.* 25. §. 18. De Curatore & Cura plura in vocib. *Tutor & tutela.*

Curationem imperfectam relinquens medicus vel chirurgus, ut ob damnum teneatur, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 5.

D

Damnum occisionis qua actione persequi liceat, *lib.* 4. *t.* 3. §. 11. Vindicari, §. 13. *eod.*

Damni actio ut etiam in hæredes transeat, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 9.

Æstimatio qualis, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 9. 10. *& sequent. ac* §. 15. Injuriæ actio ut constituatur per legem Aquiliam, *lib.* 4. *t.* 3. *in pr.* De damno quadrupedis, quæ pecudum numero est, §. 1. *eod.*

de Damno filiifamil. seorsum à patre habitantis, *lib.* 3. *t.* 5. §. 2.

de Damno aut furto in navi, caupona, aut stabulo commisso, *lib.* 4. *t.* 5. §. *ult.*

de Damno dejectorum seu effusorum, *lib.* 4. *tit.* 5. §. 1.

In Dejectis seu Effusis quid juris observandum, *lib.* 4. *t.* 3. §. 1.

de Deliberandi jure, *lib.* 2. *t.* 19. §. 5.

Deportationis ratio in patria potestate, *lib.* 1. *t.* 12. §. 1.

Depositum si subripiatur, quid juris, *lib.* 4. *tit.* 1. §. 17.

de Depositi obligatione, *lib.* 3. *tit.* 15. §. 3.

pro Derelicto rerum habitarum jus quale in dominio acquirendo, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 47.

Dignitatis ratio in patria potestate, *lib.* 1. *t.* 12. §. 4.

de Dignitatis mutatione ratione capitis deminutionis, *lib.* 1. *tit.* 16. §. 5.

de Directæ actionis jure, ex lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 16. *seu ult.*

Dolus, & quatenus puniatur lege Aquilia, *lib.* 4. *t.* 3. §. 3. *&* 14.

de Doli exceptione, *lib.* 4. *t.* 13. §. 1.

Domini acquirendi juris ratio, *lib.* 2. *t.* 1. *tot.*

adversus Dominum ut actio detur ob servi negotium, *lib.* 4. *t.* 7. §. 1.

Donationis duo genera, mortis causa, & non mortis causa, quæ posterior, aut simplex inter vivos vel propter nuptias, *lib.* 2. *tit.* 7. §. 1. 2. *&* 3. *in princ.*

de Dotis actione, & ut ob impensas in res dotales à marito factas uxoris dos minuatur, *lib.* 4. *t.* 6. §. 37.

de Duplicationis jure, *lib.* 4. *t.* 14. §. 1.

E

In Effusis seu dejectis quid juris, *lib.* 4. *titul.* 5. §. 1.

Emancipare filios an patres cogantur, *lib.* 1. *tit.* 12. §. 10.

Emancipationis ratio in patria potestate, *lib.* 1. *tit.* 12. §. 6.

Emancipatione liberorum ut parentibus acquiratur, *lib.* 2. *t.* 9. §. 2.

Emancipatus si se dederit in adoptione, quid juris successionis ratione, *lib.* 2. *t.* 1. §. 10.

post Emancipatum filium vel in adoptionem datum nepotis nati ratio in patria potestate, *lib.* 1. *t.* 12. §. 9.

Emancipatorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *lib.* 2. *t.* 13. §. 3.

Emancipatorum liberorum juris succedendi ratio, *lib.* 2. *t.* 1. §. 19.

de Emancipatis ratione tutelæ, *lib.* 1. *t.* 13. §. 5.

de Emphytheusi, *lib.* 3. *t.* 25. §. 3.

de Emptione & venditione, *lib.* 3. *t.* 34. ac quidem de Emptione conditionali, §. 4. Pura, *in pr.* Rei quæ non est in commercio, *ejusd. tit.* §. *ult.* Differentia emptionis & permutationis, *ejusd. tit.* §. 2.

de Pretii conventione, arrhis & scriptura, *in pr.* Pretio certo vel incerto, vel in arbitrium alienum collocato, §. 1. & in quibus consistat pretium, *ejusd. tit.* §. 2.

Emptionis & Locationis collatio, *lib.* 3. *tit.* 25. *in princip.*

quæ Exceptiones prosint, vel non prosint fidejussoribus, *lib.* 4. *t.* 14. §. 14.

de Exceptionibus, ac quidem earum ratio, *lib.* 4. *t.* 13. *in pr.* Exempla: veluti, Quod metus

tus causa, de dolo, & in factum, §. 1. de Pecunia non numerata, 2. de Pacto, 3. de Jurejurando, 4. Re judicata, 5. & cæteris except. 6. ac quoque earumdem Divisiones, 7. & 8. item de Exceptionibus Dilatoriis, 10. Dilatoriis ex persona, 11. *seu ult.* & de Peremptoriis, *eod. tit.* §. 9. Plura de Exceptionibus; vid. & *ejusd. lib.* 4. *t.* 14. §. 3.
de ad Exhibendum actione seu judicio, *lib.* 4. *tit.* 13. §. 3.

F

DE in Factum actione ex jurejurando, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 11.
in Factum Actionis jus ex lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. §. *ult.*
de in factum exceptione, *lib.* 4. *tit.* 13. §. *ult.*
Falcidiæ legis scopus, nexus & ratio, *lib.* 2. *t.* 20. *in princ.* de Hæredibus pluribus institutis, §. 1. Quo tempore spectetur quantitas patrimonii, ad quam ratio hujus legis redigitur, 2. & Quæ ante Falcidiam detrahantur, §. 3. *seu ult.*
Falsæ causæ error an usucapionem pariat. Vide *Causa.*
de Falsis & de eorum judicio, *lib.* 4. *t.* 18. §. 7.
Ferarum jus quale dominii captandi ratione, *lib.* 2. *t.* 1. §. 12. & 13.
Fide bona possessis personis, ut obligatio nobis acquiratur, *lib.* 3. *t.* 29. §. 1.
de Fideicommissariis hæreditatibus, *lib.* 2. *t.* 23.
de Fideicommissi probatione, *lib.* 2. *t.* 23. §. 12.
de Fideicommisso hæredis scripti, *lib.* 2. *t.* 23. §. 2. hæredis ab intestato, §. 10. relicto à fideicommissario, §. 11. *eod.*
Fideicommissorum & Legatorum collatio, *lib.* 2. *t.* 20. §. 3.
de Fideicommissorum verbis, *lib.* 2. *t.* 24. §. 3.
per Fideicommissum quæ relinqui possint, *lib.* 2. *t.* 24. *in pr.* §. 1. & 2.
Fidejussores cur accipiantur, *lib.* 3. *t.* 21. *in pr.* in quibus obligationibus, §. 1. ut hæredes relinquant obligatos. 2. Si Fidejussor præcedat vel sequatur obligationem, quid juris, 3. de pluribus fidejussoribus. 4. In quam summam obligatus sit fidejussor. 5. de Fidejussoris actione adversus reum. 6. si Fidejussor Græcè accipiatur, quid juris. 7. Quid item si scriptum sit aliquem fidejussisse, § *ult. eod.*
de Fidejussorum exceptionibus, *lib.* 4. *t.* 11. §. 4.
Filiusfam. an testari possit, *lib.* 2. *t.* 12. *in pr.*
ob Filiifamil. dominium ut non teneatur pater, *lib.* 4. *t.* 5. §. 2.
ob Filiifamil. negotium gestum ut teneatur pater, *lib.* 4. *t.* 7. §. 4.
Filii ab hostibus reversi post mortem patris succedendi ratio, *lib.* 3. *t.* 1. §. 4.
Filii sororum ut agnationis jure succedant, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 4.
Filiorum naturalium & adoptivorum collatio successionis ratione, *lib.* 3. *t.* 1. §. 11.
de Finium regundorum actione seu judicio, *lib.* 4. *t.* 17. §. 6.
Fiscalis res an usucapi possit, *lib.* 2. *t.* 6. §. 4.
à Fisco res aliena empta, donata, aliove modo tradita, ut usucapiatur, *lib.* 2. *t.* 6. §. 9.
ad Flumen pertinentia cujus juris, *lib.* 2. *t.* 1. §. 10
Fluminis vis, cujus juris, *lib.* 2. *t.* 1. §. 21.
Flumina juris publici, *lib.* 2. *t.* 1. §. 2.
Fœminæ ut adoptare nequeant, *lib.* 1. *t.* 11. §. 19.
si Forma alicui detur facienda, an dicatur Emptio seu Conductio contracta, *lib.* 3. *t.* 25. §. 4.
Fructuum perceptio cujus juris, *lib.* 2. *t.* 1. §. 38.
Furiosus an testari possit, *lib.* 2. *t.* 1. §. 1.
Furti definitio, *lib.* 4. *t.* 1. §. 1. Etymologia, §. 2. Divisio seu genera: ut puta Furtum Manifestum, nec Manifestum, Conceptum, Oblatum, Prohibitum, & non exhibitum: de quibus, §. 3. & 4. Furti pœna, 5. ejus Forma, seu ut ipsum fiat, 6. & 8. de Furandi affectu, 7. Quarum rerum furtum fiat, 9. An de liberis hominibus, *ibid.* De re propria, 10. Furti qui teneantur, 11. de Furantis ope & consilio, *ibid.* Furtum an committant in potestate existentes, vel ope & consilio alterius utentes, §. 12. Furti actio quibus detur, 13. de Furto commisso in pignore penes creditorem, 14. penes fullonem, sarcinatorem, vel bonæ fidei emptorem seu possessorem, 15. Commisso in Commodato, 16. in Deposito, 17. Furti an impubes teneatur, 18. in Furti actionem quid veniat, §. 19. de ejusdem actionibus affinibus, §. *ult.*
Furtivæ res aut vi possessæ ut usucapi possint, *lib.* 2. *t.* 6. §. 3.
de Furto in caupona, navi aut stabulo facto, *lib.* 4. *t.* 1. §. *ult.*

G

GAllinarum dominii jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 16.
Gradus institutionis & substitutionis ut plures, *lib.* 2. *tit.* 15. §. 1. *in pr.*

H

HAbitationis jus quale, *lib.* 2. *t.* 5. §. 5.
si Hæres servus institutus in eadem causa manserit vel non, quid jus, *lib.* 2. *t.* 14. §. 1.
Hæredis instituendi modi, *lib.* 2. *t.* 14. §. 9.
Hærede instituto servo plurium quid juris, *lib.* 2. *tit.* 14. §. 3.
Hæredes institui qui possint, *lib.* 2. *t.* 14. *in princ.* de Hæredum numero, §. 4. de singulorum portionibus, §. 6. *eod.*

An institui possint quos numquam testator vidit, *lib.* 1. *tit.* 14. §. *ult.*
in Hæredes vel ad Hæredes ut transeant actiones, *lib.* 4. *t.* 12. §. 1.
Hæredum legitimorum primus ordo, *lib.* 3. *t.* 1. §. 1. Secundus, *lib.* 2. *in pr.* Tertius, *lib.* 3. *t.* 5. §. *ejusd.*
Hæredum gradus ut plures constitui possint tam in institutione quàm substitutione: & de numero Hæredum in singulis gradibus, *lib.* 2. *t.* 15. *in princ.* §. 1.
de Hæredum qualitate & differentia, *lib.* 2. *t.* 19. ac quidem Hæredum divisio quæ *in pr. d. tit.*
de Hæredibus extraneis, & qui, *lib.* 2. *t.* 19. §. 3.
de Hæredibus necessariis, §. 1. & de Suis, §. 2. *eod.*
Hæreditarii servi jus, *lib.* 2. *tit.* 14. §. 2.
Hæreditatis aditionis obligatio qualis, *lib.* 3. *t.* 28. §. 5.
Hæreditatis assem si non diviserit testator, aut partes in quorumdam persona non ultra assem expresserit, quid juris, *lib.* 2. *t.* 13. §. 6. Quid item si pars vacet aut desit, §. 7. Si plures unciæ quàm duodecim distributæ sint, *eod.* §. 8.
de Hæreditatis divisione, *lib.* 2. *t.* 14. §. 1.
Hæreditatis communis obligatio qualis, *lib.* 3. *tit.* 26. §. 4.
de Hæreditatis restitutionis effectu, *lib.* 2. *tit.* 23. §. 3.
de Hæreditate acquirenda vel amittenda, *lib.* 2. *tit.* 19. §. 6.
de Hæreditatibus ab intestato, *lib.* 3. *t.* 1.
Hæredes Sui, qui, *lib.* 3. *t.* 1. §. 2.
de Hæreditatibus Fideicommissariis, *lib.* 2. *t.* 23.
Homicidii quæ vindicatio seu persequutio ex lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. *pass.*
de Homicidiis, ac quidem de eorum judicio, *lib.* 4. *t.* 18. §. 5.
apud Hostes testamentum an facere liceat, *lib.* 2. *tit.* 12. §. 5.
de Hypothecaria actione, *lib.* 4. *t.* 6. §. 7.

I

JActa in mare seu flumine navis levandæ causa cujus juris, *lib.* 2. *t.* 1. §. 48.
Jaculis lædens, vulnerans, vel occidens, ut teneatur vel non teneatur, *lib.* 4. *t.* 3. §. 4.
Ignominiosi ut fiant litigantes ex judiciis quibusdam, *lib.* 4. *t.* 16. §. 2.
Imperitia ut culpæ annumeretur damni ratione, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 7.
Impubes an testari possit, *lib.* 2. *tit.* 12. §. 1.
de Indebito soluto, *lib.* 3. *t.* 15. §. 1. & *lib.* 3. *t.* 28. §. 6.
Infamia ut temere litigantibus irrogetur, *lib.* 4. *t.* 16. §. 2.
Infirmitas ut culpæ annumeretur damni contingentis ratione, *lib.* 4. *t.* 3. §. 8.
Ingenui definitio, *lib.* 1. *t.* 4. *in pr.*
Injuria occidere ut quis dicatur, & ut occidens teneatur, *lib.* 4. *t.* 3. §. 2.
de Injuriis, ac quidem quot modis accipiatur injuria, *lib.* 4. *t.* 4. *in pr.* Quibus modis fiat, §. 1. Quis & per quos patiatur, 2. de injuria parentum & liberorum, Viri & uxoris, Soceri & Nurus, §. 2. Servi, 3. Servi communis, 4. Servi fructuarii, 5. Servientis bona fide, 6. de Injuriarum pœna ex lege XII. tabul. & jure prætorio, 7. ex lege Cornelia, 8. de Injuriæ atrocis æstimatione, 9. de ejus judicio atroci & criminali, 10. Injuriarum qui teneantur, 11. Harum actio ut tollatur, §. *ult. eod.*
Insularum dominii jus quale, *lib.* 2. 1. §. 21.
Institutionum compositionis tempus, auctores, finis, & utilitas, §. 3. *in proœm.* Earum divisio, §. 4. Quid in iis contineatur, 5. Ex quibus libris compositæ, earumque recognitio & confirmatio, 6. *eod.*
de Interdictorum jure, ac quidem eorum Definitio, *lib.* 4. *tit.* 15. *in pr.* Divisiones, §. 1. & 2. de Interdictis adipiscendæ & retinendæ possessionis, 3. 4. 5. & 6. item de eorumdem ordine, ac vetere exitu seu ritu, §. *ult. eodem.*
Intestati definitio, *lib.* 3. *t.* 1. *in pr.* & de Hæreditatibus ab intestato delatis, vid. *pass. tot. d. tit.*
de Inventarii jure seu beneficio, *lib.* 2. *t.* 19. §. 5.
Inundatio cujus juris, *lib.* 2. *t.* 1. §. 24.
de in Jus vocando, *lib.* 4. *t.* 16. §. 3. *seu ult.*
de In rem verso, *lib.* 4. *t.* 7. §. 4.
si Judex litem suam fecerit, quid juris, *lib.* 4. *tit.* 5. *in princ.*
de Judicis officio, *lib.* 4. *t.* 17. *pass.* ac quidem in genere, *in pr.* De ejus potestate in judicio bonæ fidei, *lib.* 4. *t.* 6. §. 30.
Judicia ut absolutoria, *lib.* 4. *tit.* 12. *in fin.*
de Judiciis publicis: ac quidem eorum Differentiæ à privatis, *lib.* 4. *tit.* 18. *in pr.* Etymologia, §. 1. Divisio, 2. Exempla veluti de Majestate læsa, 3. Adulteriis, 4. Sicariis seu Homicidiis, 5. Parricidiis, 6. Falsis, 7. de Vi, 8. Peculatu, 9. Plagiariis, 10. Ambitu, Repetundis, Annona, & Residuis, §. 11.
de Judicio noxali, *lib.* 4. *tit.* 17. §. 1.
de Judicatæ rei exceptione, *lib.* 4. *tit.* 13. §. 5.
Juris accrescendi ratio, *lib.* 2. *tit.* 7. §. 4.
Juris Divisio in Mutabile & immutabile, *lib.* 1. *tit.* 2. §. 11. in Scriptum & Non scriptum, & Juris scripti subdivisio, *lib.* 1. *tit.* 2. §. 3. & 10.

Ju-

Juris methodus & præcepta, *lib.* 1. *t.* 1. §. 2. & 3.
ad Juris studium adhortatio, §. 7. *in proœm.*
de Juris objectis, *lib.* 1. *t.* 2. §. 12.
Juris Gentium, & Civilis distinctio à Definitione & Etymologia, *lib.* 1. *tit.* 2. §. 1. ab appellatione & effectibus, §. 2. *eod. tit.*
de Jure Civium Romanorum in servos, *lib.* 1. *tit.* 8. §. 2.
de Jure Gentium in servos: & ut eo jure servitutes introductæ, *lib.* 1. *t.* 8. §. 1.
de Jure Honorario, *lib.* 2. *t.* 2. §. 7. Naturali, *lib.* 1. *tit.* 2. in princip. Non scripto, *d. lib.* 1. *tit.* 2. §. 9. Publico & privato, *lib.* 1. *tit.* 1. §. 4.
de Jurisjurandi exceptione, *lib.* 4. *t.* 11. §. 4.
Jurisjurandi usus penes litigantes, *lib.* 4. *t.* 16. §. 1
Jurisprudentiæ definitio, *lib.* 1. *t.* 1. §. 1.
Justitiæ definitio, *lib.* 1. *t.* 1. *in pr.*
Justiniani addita constitutio, qua supplentur casus rescripto Divi Marci de successione libertatis causa, *lib.* 3. *t.* 12. §. 1.
Justiniani leges & bella, §. 1. *in proœm.*

L

Legandi modus & ratio, *lib.* 2. *t.* 20. §. 34.
Legatarius si proprietatem fundi alieni ubi legati emerit, & ususfructus ad eum pervenerit, quid juris, *lib.* 1. *t.* 20. §. 9.
de Legatarii re. *lib.* 2. *t.* 20. §. 10.
Legatum factum servo hæredis an utile, *lib.* 2. *t.* 20. §. 32. item & hæredis domino, §. 33. *eod.*
Legatum si pœnæ nomine relinquatur, adimatur vel transferatur, quid juris, *lib.* 2. *tit.* 20. §. *ult.* & *pass. t.* 21.
Legatorum & Fideicommissorum collatio, *lib.* 2. *t.* 20. §. 3.
de Legatis, *lib.* 2. *tit.* 20. ac quidem Legati definitio, §. 1. de Legatorum antiquis generibus sublatis, 2. Legata re, ut puta Testatoris, Hæredis, aliena & cujus non est commercium, 4. item de legata re pignerata, 5. de aliena re post testamentum a Legatario acquisita, 6. Eadem re duobus legata, 8. Re Legatarii, 10. Alienatione vel oppigneratione rei legatæ, 12. Liberatione legata, 13. Debito legato creditori, 14. Dote uxori legata, 15. Interitu & mutatione rei legatæ, 16. Interitu quarumdam ex pluribus rebus legatis, 17. Grege legato, 18. Ædibus legatis, 19. Peculio legato, 20. Rebus corporalibus & incorporalibus legatis, 21. Legato generali, 22. Optione legata, 23. Legato relicto incertis personis tam ex jure veteri quàm novo: & quid juris in relicto posthumo alieno, 25. 26. 27. & 28. Errore in nomine legatarii, 29. Falsa demonstratione legatæ rei, 30. Falsa causa adjecta legato, 31. Ordine scripturæ in legato, 34. Legato post mortem hæredis vel legatarii, §. 35. *eod. tit. de legat.*
de Legatis rebus, quæ non sunt in rerum natura, *lib.* 2. *t.* 20. §. 7.
Legari quibus possit, *lib.* 2. *t.* 20. §. 24.
si Legaverit quis rem suam quasi non suam, quid Juris, *lib.* 2. *t.* 20. §. 11.
ex Lege Cornelia, quæ Injuriarum pœna, *lib.* 4. *t.* 4. §. 8.
de Lege duodecim Tabul. & jure prætorio ratione successionum, *in princ. lib.* 3. *t.* 3. & *in princ. lib. ejusd. t.* 8.
ex lege duodecim Tabul. & jure prætorio, quæ Injuriarum pœna, *lib.* 4. *t.* 4. §. 7. Quæ actio datur, si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, *in pr. lib.* 4. *t.* 9.
Ex Lege Papia quale jus successionis, *lib.* 3. *t.* 8. §. 2.
de Lege & Plebiscito, *lib.* 1. *t.* 2. §. 4.
Legis Aquiliæ summa, *in princip. lib.* 4. *t.* 3. Primum caput cavens de Homicidio & occisione, *ibid.* Secundum ut in desuetudinem abierit, §. 12. verùm Cujac. existimat fuisse cavens. De quavis alia ratione damni dati, quàm aliis capitibus traditur: etiamsi non fuerit læsa res nostra, sed intercepta nobis forte utilitas quædam, ut exemplo esse poterit Actio illa adversus piscatorem socium agitata, cujus meminit Plin. *lib.* 9. *cap.* 59. Tertium verò caput, adhuc in usu cæterarum rerum est præter hominis & pecudis occisionem, cavens de vulneratione, aut occisione aliorum animalium, quomodo scil. id genus damna vindicentur, §. 13. *eod.*
Legis Juliæ & Titiæ ratio Tutelæ, *lib.* 1. *tit.* 20. §. 3.
de Lege Fusia Caninia, *lib.* 1. *tit.* 7.
Legum usus, *in princ. proœm.*
Leges Justiniani, §. 1. *ibid.*
de Legitimatione liberorum, *lib.* 1. *t.* 10. §. 13.
Liberi ut in potestate parentum, *in princ. lib.* 1. *tit.* 19.
Liberorum appellatione qui contineantur, ac quidem tutelæ ratione, *lib.* 1. *tit.* 14. §. 5.
Liberorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *pass. lib.* 2. *tit.* 13.
per Liberos homines ut adquiratur, *lib.* 2. *tit.* 9. §. 5.
de Liberis & parentibus in nuptiis, *lib.* 1. *tit.* 10. §. 1.
de Liberis in potestate ratione tutelæ, *lib.* 1. *t.* 13. §. 3. Liberis in potestate ut adquiratur, *lib.* 2. *tit.* 9. §. 1.
Libertas ut fideicommisso relinqui possit, *lib.* 2. *tit.* 23. §. 2.

Li-

Libertatis definitio, *lib. 1. tit. 3. §. 1.* Libertatis causa ut bona addicantur, *lib. 3. t. 12.*
de Libertate in Testamento vel codicillis relicta, *lib. 3. tit. 12. §. 3.*
Libertates si datæ non sint, quid juris: & de Divi Marci rescripto de successione, *lib. 3. tit. 12. §. 6.*
Libertinorum definitio, origo, & de differentia eorum, *in princip. & lib. 1. tit. 5. §. 3.*
de Libertorum successione, *lib. 3. tit. 8. pass.* & Adsignatione, *lib. 3. tit. 9.*
de Litterarum obligationibus, *lib. 3. tit. 22.* de Litterarum imperitia, *lib. 1. tit. 25. §. 8.*
de Litigantium temere pœnis, *lib. 4. tit. 16. pass.*
Littoris definitio, *lib. 2. tit. 1. §. 3.*
in Littore res inventæ cujus juris, *lib. 2. tit. 1. §. 18.*
Littora ut juris communis, *lib. 2. tit. 1. §. 2.*
de Locatione & Conductione, *lib. 3. tit. 25.*
Locationis & Emptionis collatio, *in princip. lib. 3. tit. 25.*

M

De Macedoniano Senatusconsulto, *lib. 4. tit. 7. §. 7.*
de læsæ Majestatis judicio, *lib. 4. tit. 18. §. 3.*
Mancipii definitio, *lib. 1. tit. 3. §. 3.*
Mandati divisio à fine, *in pr. lib. 3. tit. 27.* si Mandantis gratia mandetur, quid juris, §. 1. si Mandantis & mandatarii, 2. si aliena, 3. si Mandantis & aliena, 4. si Mandatarii & aliena, 5. si Mandatarii, 6. de Mandato contra bonos mores, 7. de Mandati executione, 8. Quibus modis Mandatum solvatur, 9. de Mandati revocatione, *dict. §. 9.* si Mandato integro mors alterutrius interveniat, quid juris, 10. de Mandati renuntiatione, 11. Mandati & Locationis collatio: & ut in diem differri, & sub conditione fieri possit Mandatum, 12. & 13.
Manumissionis definitio & origo, *in princip. lib. 1. tit. 5.*
de Manumissione facti, *lib. 1. tit. 4. §. 1.* de Manumissione, ratione capitis diminutionis, *lib. 1. tit. 16. §. 4.*
Manumittere in fraudem creditorum quid, *lib. 1. tit. 6. §. 3.*
Manumittendi quæ justæ caasæ, & de veteris modi abrogatione, *lib. 1. tit. 5. §. 5. & 7.* Manumittendi servi testamento ratio ex lege Fusia Caninia, *lib. 1. tit. 7.*
de Manumittente in fraudem creditorum regula, *in pr. lib. 1. tit. 6.*
Manumitti quibus modis, ubi & quando possit, *lib. 1. tit. 3. §. 1. & 2.*
Divi Marci rescriptum: De additione bonorum libertatis causa, ejusdem utilitas, & in quibus casibus locum habeat, *à princip. lib. 3. tit. 12. ad §. 4.* item Justiniani additio ad ipsum rescriptum, *§. ult. eod. tit.*
in Mare jacta navis levandæ causa, cujus juris, *lib. 2. t. 1. n. 48.* ad mare pertinentia, cujus juris, *lib. 2. tit. 1. §. 20.*
Maritus an uxori suæ curator datus, se excusare possit, *lib. 1. tit. 25. §. 19.* Maritus uxoris bona an alienare possit, *in pr. lib. 2. tit. 8.*
de Mariti & uxoris injuria, *lib. 4. tit. 4. §. 2.*
Mater ut ad bona vulgò quæsitorum succedat, *lib. 3. tit. 3. §. ult.*
Materia ut solo cedat, *lib. 2. tit. 1. §. 29. & 30.*
Materiarum confusarum seu mixtarum dominii jus quale, *lib. 2. tit. 1. §. 27. & 28.*
de Memoria patris damnata ob crimen perduellionis, *lib. 3. tit. 1. §. 5.*
de Mercedis conventione in locatione, ac de Mercede collata in arbitrium alienum, *in pr. & lib. 1. tit. 25. §. 1.*
de Quod metus causa exceptione, *lib. 4. t. 13. §. 1*
Missilium jus quale in dominio acquirendo, *lib. 2. tit. 1. §. 46.*
Mortis seu morientium ratio in patria potestate, *lib. 1. tit. 12. in pr.*
Morte conductoris interveniente, quid juris, *lib. 3. tit. 25. §. ult.* Morte contrahentium interveniente, quid juris, *lib. 3. t. 10. §. 24.*
de Mutui obligatione, *lib. 3. tit. 15. in pr.*
Mutus an testari possit, *lib. 2. tit. 12. §. 3.*

N

Ob Negotium gestum cum eo qui in alterius est potestate, quæ detur actio, *lib. 4. tit. 7. pass.*
Negotiorum gestionis obligatio qualis, *lib. 3. tit. 28. §. 1.*
Nepotis nati post mortem avi, succedendi ratio, *lib. 3. tit. 1. §. 8.*
Noxa & Noxia quid, & quæ, qualesve noxales actiones, *in pr. & lib. 4. tit. 8. §. 11.* Harum item actionum ratio, §. 2. Origo, §. 4. Qui noxali actione conveniantur, 5. Noxæ deditionis effectus, 3. Noxiam si commiserit servus domino, vel è contra, 6. Et an filius vel filiasfamil. noxæ dedantur, *§. ult.* ubi ostenditur Noxales hujusmodi actiones in servos tantummodo proponendas.
de Noxali judicio, *lib. 4. tit. 17. §. 1.*
Nuptiarum definitio, *lib 1. tit. 9. §. 1.* Nuptiarum injustarum pœnæ, *lib. 1. tit. 10. §. 12.* Nuptias qui contrahere possint, *lib. 1. dict. tit. 10. in pr.* Inter quas personas prohibitæ vel permissæ, *eod. tit. & §. 1. 2. 3. 4. & seq.*

Obli-

O

Obligatio per quas personas nobis acquiratur, *lib.3. tit.29.* Ut in potestate existentibus, *in princ.* Bona fide possessis, §. 1. Servo fructuario, vel usuario, §. 2. & Servo communi, §.3.

Obligatio quibus modis re contrahitur, *lib.* 3. *tit.* 15. Ut tollatur acceptilatione, *lib.* 1. *tit.* 30. §. 1. Aquiliana stipulatione, & acceptilatione, §. 2. Contrario consensu, §.4. Novatione, §. 3. & solutione, *d. tit. in pr.*

Obligationes ut infirment conditiones adjectæ *lib.* 3. *tit.*16. §.6.

de Obligationum effectu, quibus duo rei constituuntur, *lib.* 3. *t.*17. §.1.

de Obligationibus ex consensu, *lib.* 3. *t.*23. ex delicto nascentibus, *lib.* 4. *t.* 1. *pass.* Earum divisio, *in princ. eod.* ex Quasi contractu nascentibus, *lib.*3. *t.* 28. vi Negotiorum gestorum, §.1. Tutelæ, 2. Communionis rei, 3. Communionis hæreditatis, 4. Aditionis hæreditatis, 5. & Solutionis, indebiti, itemque Ex quasi delicto nascentibus, *lib.*4. *tit.*5 .*pass.*

de Obligationibus in genere, *lib.*3. *t.*14.

de Obligationibus Litterarum, *lib.* 3. *tit.* 22. Verborum, *lib.*3. *tit.*16.

Occidens seu Vulnerans ut quis teneatur, vel non teneatur, *lib.*4. *t.*3. §.3. & *pass.*

Occisionis damnum ut persequi liceat, & qua actione, *lib.*4. *t.*3. §.11. Occisionis injuriosæ actione ut agatur: seu occidens injuria, ut quis teneatur, *lib.*4. *t.*3. §.2.

P

DE Pacti exceptione, *lib.*4. *tit.*13. §.3.

Pandectarum compositio, §.2. *in proœm.*

adversus Parentem qua actione uti liceat, *lib.*4. *tit.* 6. §. 38.

Parentes an cogantur filios suos de potestate dimittere, seu emancipare, *lib.*1. *tit.*12. §.10.

de Parentibus & liberorum injuria, *lib.* 4. *tit.* 4. § 2.

de Parentibus & liberis ratione nuptiarum, *lib.* 1. *t.*10. §.1.

de Parricidiis, & eorum judicio, *lib.*4. *tit.*18. §. 6.

de Patre ratione tutelæ, *lib.* 1. *tit.* 14. *in princ.*

Patriæ potestatis diversa ratio & jus, *lib.* 1. *tot. tit.* 12.

de Patris memoria damnata ob crimen perduellionis, *lib.*1. *tit.* 1. §.3.

adversus Patronum ut agere liceat, *lib.* 3. *tit.* 6. §. 38.

de Pauliana actione, *lib.*4. *t.*6. § 6.

de Pauperiei actione, *lib.*4. *t.*9. §.1.

de Peculatu, & ejus judicio, *lib.*4. *t.*18. §.9.

de Peculii actione, *lib.*4. *t.*6. §.10. & 36.

de Peculio & In rem verso, *lib.*4. *tit.*7. §.4.

de Pecunia constituta, *lib.* 4. *t.*6. §.9.

de Pecuniæ non numeratæ exceptione, *lib.* 4. *tit.*3. §. 2.

Pecuniaria pœna ut litigantibus temere imponatur, *lib.*4. *t.*16. §.1.

Permutationis & Emptionis differentia, *lib.* 3. *tit.* 24. §.2.

Personarum Divisio, *lib.*1. *tit.*3. *in princ.* Subdivisio, *eod. tit.* §. 5. Item Divisio alia, *lib.* 1. *tit.* 8. *in pr.*

Personis bona fide possessis ut obligatio nobis acquiratur, *lib.*3. *tit.*29. §.1.

de Personis sui juris ratione tutelæ, *lib.* 1. *tit.* 13. *in princ.*

de Petitione incertæ quantitatis, Pluris Petitione, & de Minoris summæ petitione, *lib.*4. *tit.* 6. §.32. 33. & 34.

si Petatur aliud pro alio, quid juris, *lib.* 4. §. 35. 36.

Picturæ dominii jus quale, *lib.*2. *t.*1. §.34.

Pignus si subripiatur creditori, quid juris, *lib.* 3. *tit.*1. §.14.

de Pignoris obligatione, *lib.* 3. *tit.*13. §.4.

de Plagiariis, & eorum judicio, *lib.* 4. *tit.* 18. §. 20.

Plantationis dominii jus quale, *lib.*2. *t.*3. §.31.

de Plebiscito, *vide* Lege.

de Pœna adjecta stipulationi alii dari, *lib.* 3. *tit.*20. §. 18. & de Adjecta promissioni facti alieni, *eod. tit.* §.20.

de Pœnæ & rei persecutoriis actionibus: item & de mixtis, *lib.* 4. *t.*6. §.17 18. 19. & 20.

de Pœnis temere litigantium, *lib.*4. *t.* 16. *pass.*

de Pœnalibus actionibus, *lib.*4. *tit.*6. §.12.

Portus juris publici, *lib.*2. *tit.*1. §.2.

in Positis damnosis quid juris, *lib.*4. *tit.* 5. §.1.

Possessionis accessio an usucapionem pariat, *lib.*2. *tit.*6. §. 7. de Possessionis adipiscendæ & retinendæ interdictis, eorumque affinibus remediis, *lib.*4. *tit.*15 § 3. 4. 5. & 6.

de Possessionibus bonorum, *lib.*3. *tit.*10.

Posthumorum vel quasi posthumorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *lib.* 2. *tit.*13. §.1.

de Posthumis ratione tutelæ, *lib.*2. *t.*13. §.4.

Postliminii & captivitatis ratio in patria potestate, *lib.*1. *tit.*12. §.5.

in Potestate existentibus ut obligatio acquiratur, *lib.*3. *tit.* 29. *in princip.*

in Potestate qui habeant, & qui sint, *lib.*1. *tit.* 9. §. 2. & 3.

Pretium venditionis in quibus consistat, *lib.* 3. *tit.* 24. §.2. de Pretii conventione, arrhis, & scriptura, *d. tit. in princ.* & de Pretio certo vel

vel incerto, vel in arbitrium alienum collato, §.1. *eod.*

Procurator quibus modis constituatur, *lib.* 4. *tit.*10. §.1. Ut & quando pro partibus actore scilicet sive reo satisdare compellatur, *lib.* 4. *tit.*11. §.3. *& seqq.*

Prodigo an testari liceat, *lib.*2. *tit.*12. §.2.

de Promissione in Instrumento scripta, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 16.

Proximitas in succedendo quo tempore spectetur, *lib.*3. *tit.*2. §.6.

de Prudentum responsis, *lib.*1. *tit.*2. §.8.

de Publiciana actione, *lib.*4. *tit.*6. §.4.

Pupillus ut bona sua alienare non possit sine curoris auctoritate, *lib.* 2. *tit.*8. §.2.

pupillaris substitutionis juris ratio, *lib.* 2. *tit.* 10. *pass.*

Q

Quadrupedis occisio vel damnum ut vindicetur, *lib.*4. *tit.* 3. §. 1. *&* 13. *& seqq.* de Quadrupedis pauperiei actione, *lib.* 4. *tit.*9. §. 1.

de Quarta relinquenda hæredibus, *lib.*2. *tit.*18. §. *ult.*

R

De Raptionum vi bonorum, *lib.*4. *tit.*2. de Realibus actionibus, *vid.* Actionibus.

Relegationis ratio in patria potestate, *lib.* 1. *tit.* 12. §.2.

de Repetundis, & eorum judicio, *lib.* 4. *tit.*18. §. 11.

de Replicationis jure, *lib.*4. *tit.*14. *in princ.*

Res Corporales & Incorporales quæ, *lib.*2. *t.*2.

Res fiscales an usucapi possint, *vid. supr.* Fiscales.

Res furtivæ aut vi possessæ an usucapi possint, *lib.*2. *tit.*6. §.2.

Res naturali jure communes hæ: aer, aqua profluens, mare, littora, & ædificia in littore posita, *lib.* 2. *tit.*1. §. 1.

Res publicæ hæ: flumina & portus, *lib.* 2. *tit.* 1. §.2.

Res sua condici possit, *lib.*4. *tit.*6. §.14.

Res universitatis, nullius, sacræ, sanctæ, religiosæ, & singulorum, quæ, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 6. 7. 8. 9. 10. *&* 11.

De rei & pœnæ, item & de mixtis persecutoriis actionibus, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 17. 18. 19. *&* 20.

de Rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa, *lib.*4. *tit.* 6. §.29.

Rei duo stipulandi & promittendi, quibus modis fieri possint, *lib.*3. *tit.*17. *in princ.* & Ut alius pure, alius in diem vel sub conditione obligetur, §. *ult. eod.*

de Rei judicatæ exceptione, *lib.*4. *tit.*13. §.5.

Rerum divisio duplex, *lib.*2. *tit.*1. *in princip.*

de Rescissoria actione, *lib.*4. *tit.*6. §.5.

Rescriptum divi Marci de successione libertatis causa, *vid. supr. in voce* Marci.

Riparum usus & proprietas ut juris publici, *lib.* 2. *tit.*1. §. 4.

Ruptum quid, & de ejus actione, *lib.* 4. *tit.*3. §.13.

de Restitutione in integrum, penes constitutionem Divi Marci de successione bonorum libertatis causa, *lib.*3. *tit.*12. §. 3.

S

Sationis dominii jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 32. de Satisdatione Tutorum vel Curatorum, *lib.*1. *tit.*24. *pass.*

Satisdationum Jus antiquum, ac quidem de Judicio Reali, & Personali, *lib.*4. *tit.* 11. §.1. *in princ.* Earumdem Jus novum, ac quidem de Reo, §.2. Procuratore actoris, 3. Procuratore rei præsentis, 4. Rei absentis, 5. Unde hæc forma discenda, 6. Unde petenda, §. *ult. eod.*

si Satisfecerit reus actori pendente judicio, quid juris, *lib.*4. *tit.*12. §. *ult.*

Scripturæ dominii jus qua e, *lib.*2. *tit.*1. §.33.

de Scripturæ ordine in legatis, *lib.* 2. *tit.* 20. §.33.

de Senatusconsulto, *lib.*1. *tit.* 2. §.5. ac quidem de Claudiano penes successiones sublatas, *lib.*3. *tit.*13.

Macedoniano, *lib.*4. *tit.*7. §.7. Orphiciano, ejus scil. origine, & summa, *lib.*3. *tit.* 14. *in princ.* Pegasiano, *lib.*2. *tit.*23. §.5. *& seq.* Hujus Senatusconsulti transfusio in Trebell. §. 7. *eod.* de Tertylliano, *lib.*3. *tit.* 3. §. 2. Trebelliano, *lib.*2. *tit.*23. §.4. *& seqq.*

de Serviana & quasi Serviana actione, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 7.

Servus cui stipuletur & adquirat, *lib.* 3. *tit.*18. §. 1.

Servus fugitivus an usucapi possit, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 1.

de Servi corrupti actione, *lib.*4. *tit.*1. §.8.

Servi etymologia, *lib.*1. *tit.* 3. §. 3. ob Servi negotium gestum ut adversus dominum detur actio, *lib.*4. *tit.* 7. §.1.

Servi ut constituantur, *lib.*1. *tit.*3. §.4.

Servitutis definitio, *lib.*1. *tit.*3. §.2. Servitutis pœnæ ratio in patria potestate, *lib.*1. *t.*12. §.3.

Servitutis prædiorum rusticorum & urbanorum quæ, *lib.*2. *tit.*12. *in fin.* Servitus ut constituatur, *lib.*2. *tit.* 3. *in princ.* Servitutum Rusticarum jura, *d. t.* §. 2. Urbanarum, §. 1. *eod.* & servitutem debere vel adquirere possint, *tit.* 3. §. 3. *eod.*

à

à Servo communi ut obligatio dominis adquiratur, *lib.* 3. *tit.* 19. §. 3. Servo fructuario vel usuario ut obligatio domino adquiratur, *lib.* 3. *tit.* 29. §. 2.
de Servo hæreditario vel hærede instituto, *lib.* 2. *tit.* 14. §. 1. & 2. instituto cum vel sine libertate exceptio, *lib.* 1. *tit.* 9. §. 1.
de Servorum maleficiis ut oriantur actiones, *lib.* 4. *tit.* 8. *in princ.* Stipulatione, vide *Stipulatione*, per Servos ut adquiratur, *lib.* 2. *tit.* 9. §. 3.
de Sicariis seu Homicidis, *lib.* 4. *tit.* 18. §. 5.
de Soceri & nurus injuria, *lib.* 4. *tit.* 4. §. 2.
adversus Socium ut socio agere liceat, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 38.
Societatis divisio à materia, *lib.* 3. *tit.* 6. *in princ.* Partibus lucri & damni, §. 1. Partibus inæqualibus, 2. Partibus expressis in una causa, 3. Ejusdem solvendæ varii modi, 4. Renuntiatio, *d.* §. 4. Finis negotii, 6. ut Publicatione bonorum distrahatur societas, 7. Cessione bonorum, 8. de Dolo & Culpa à socio præstandis, *ult.* de Socii morte, *dict. tit.* §. 5.
Solo quæ cedere dicantur, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 19. 30. & 33.
Solutionis indebiti obligatio, *lib.* 3. *tit.* 28. §. 6. *lib.* 2. *tit.* 6. §. 2.
de Soluto indebito, *lib.* 3 *tit.* 15. §. 1.
Specificationis seu Specierum variarum immixtarum dominii jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 25.
Stipulanti alteri si ejus intersit, quid juris, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 19.
de Stipulantis re futura, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 21.
de Stipulantium dissensu, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 22.
Stipulatio ut purè, in diem, vel sub conditione fiat, *lib.* 3. *tit.* 16. §. 1. & *seqq.* & ut Stipulationi loca inseri soleant, *t. eod.* §. 5. Stipulationi alteri dari si pœna adjecta sit, quid juris, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 18. de Stipulationi seu promissioni facti alieni pœna addicta, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 20.
de Stipulatione ejus, in quem confertur obligatio, vel solutio, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 4. Eorum qui sunt vel habent in potestate, §. 6. Furiosi, §. 8. Impuberis, §. 9. Inter absentes, §. 11. Interrogationis & responsionis, §. 5. Muti vel Surdi, §. 7. Præposterè concepta, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 13.
de Stipulatione Servorum, *lib.* 3. *tit.* 18. *pass.* veluti, Servus stipulari an possit, *in princip.* Cui adquirat, & de persona cui stipulatur, item de stipulatione impersonali, §. 1. Stipulatione facti, §. 2. & Stipulatione servi communis, §. *ult.*
de Stipulatione in tempus mortis collata, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 14. post mortem alterius, §. 15. Quæ in tempore confertur, §. 12. Rerum plurium, §. 17.
de Stipulatione seu promissione in instrumento scripta, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 16.
de Stipulatione sub conditione, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 10. Turpis causæ, §. 23.
ex Stipulatione quando agi possit, *lib.* 3. *tit.* 20. §. *ult.*
de Stipulationum divisione, *lib.* 3. *tit.* 19. *pass.* Effectu, quibus duo rei constituuntur, *lib.* 3. *tit.* 17. §. 1. Verbis, *lib.* 1. *tit.* 16. §. 2.
de Stipulationibus communibus, *lib.* 3. *tit.* 19. §. 4. Conventionalibus, §. 3. Facti vel dationis alterius, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 3. Inutilibus, *lib.* 3. *tit.* 20. *pass.* Judicialibus, *lib.* 2. *tit.* 19. §. 1. Prætoriis, *lib.* 3. *tit.* 19. §. 2. Rerum quæ sunt vel non sunt commercii, *lib.* 3. *tit.* 20. §. *seq. in princ.* & *duobus.*
in Stipulatum quæ deducantur, *lib.* 3. *tit.* 16. §. *ult.*
si Substitutus quis fuerit servo instituto, qui liber existimabatur, quid juris, *lib.* 2. *t.* 15. §. 4.
Substituti singuli vulgariter, quam partem accipiant partibus in institutione non expressis, *lib.* 2. *tit.* 15. §. 2.
Substitutionis ut plures gradus esse possint, *lib.* 2. *tit.* 15. §. 1.
de Substitutionis pupillaris forma, effectu, origine, & ratione; item & de quasi pupillari substitutione constitutio Justinianea, *lib.* 2. *tit.* 16. §. 1. & 3. *in princ.* Substitutionis pupillaris proprium, §. 2. Quomodo finiatur, 8. Quibus ita substituatur, 4. Qui substituantur, 5. Quot liberis substituatur, 6. & Quibus non substituatur pupillariter, §. 9. *seu ult.* item & de Substitutione id genus impuberi nominatim aut generaliter facta, §. 7. *eod.*
Substitutionis vulgaris diversa ratio, *lib.* 2. *t.* 15.
si Substituto cohæredi alius substituatur, quid juris, *lib.* 2. *tit.* 15. §. 3.
ut Succedant & ex quoto gradu agnati vel cognati, *lib.* 3. *tit.* 5. §. 5. ut Succedant matribus vulgo quæsiti, *lib.* 3. *tit.* 4. §. 3.
Succedendi jus nati post mortem avi, vel adoptati à filio emancipato, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 8.
Succedendi juris ratio filii post mortem patris ab hostibus reversi, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 4.
in Succedendo agnationis jure ut proximitas spectetur, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 5.
Succedentium ab intestato primus ordo, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 1. Tertius ordo, & qui in eo vocentur, *lib.* 3. *tit.* 5. §. 1. *in princip.* vide de eodem primo, *tit.* 1. & de secundo gradu, *ejusd. lib. tit.* 2.

Successionis jus ex lege 12. tabul. & jure Prætorio, *lib.* 3. *tit.* 3. *in princip.* Ex constitutione Divi Claudii, §. 1. Novus casus ex constitutione Divi Marci, quo libertatis causa bona addicuntur, *lib.* 3. *tit.* 1. Maternæ jus novum, *lib.* 3. *tit.* 3. §. 1. *& seq.*

de Successione adoptivorum, & descendentium ex fœminis, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 14. *& seq.* Agnatorum capite minutorum, *lib.* 3. *tit.* 5. §. 1. ita conjunctorum per fœminas, §. 2. Liberorum datorum in adoptionem, 3. & vulgo quæsitorum, 4. *ejusd. tit.* Legitima agnatorum, *lib.* 3. *tit.* 2. Parentum, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 2. Libertorum, qui scil. succedant ex lege 12. *tab. lib.* 3. *tit.* 8. *in princip.* Jure Prætorio, §. 1. ex lege Papia, 2. ex constitutione Justiniani, 3. & quibus libertinis succedatur, §. 4. *eod.* Matrum in bona liberorum, *lib.* 3. *tit.* 3. § 2.

in Successione qui liberi matri præferantur, aut cum ea admittantur, *lib.* 3. *tit.* 3. §. 3. *&* 5.

de Successione nepotis, & neptis ex Senatusc. Orphitiano, *lib.* 3. *tit.* 4. §. 1.

de Successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, & ex Senatusc. Claudiano, *lib.* 3. *tit.* 13. *pass.*

Si certum sit vel incertum, an Successor existet, quid juris, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 4.

de Successorio edicto, *lib.* 1. *tit.* 2. §. 7.

Sui hæredes qui, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 2. Quomodo sui fiant, §. 3. de divisione hæreditatis inter suos, *eod.* §. 6.

Suitas quo tempore spectetur, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 7.

Surdo an testari liceat, *lib.* 2. *tit.* 12. §. 3.

In Suspensis in damno alterius decidentibus quid juris, *lib.* 4. *tit.* 5. §. 1.

T

TEstamenti etymon, *lib.* 2. *tit.* 10. *in princ.* Ejus factio ut observetur in hæredum extraneorum institutione, *lib.* 2. *tit.* 19. §. 4. Inofficiosi juris ratio, *lib.* 2. *tot. tit.* 18. ac quidem de Querela ejusd. *in princ. ejusd. tit.* Qui de eo agant, §. 1. & Quatenus agere liceat, §. 3. *&* 6.

ut de Testamenti inofficiosi querela non agatur, & de quarta hæredibus relinquenda, *lib.* 2. *tit.* 18. §. *ult.*

Testamenti matris vel avi materni juris ratio, *lib.* 2. *tit.* 13. §. 7. Militaris jus & ratio, *lib.* 2. *tit.* 11. *pass. & tit.* 11. §. 6. *eod.* Nuncupativi jus & ratio, *lib.* 2. *tit.* 10. §. 14.

Testamenti solemnia à Justiniano veteri juri addita, *lib.* 2. *t.* 10. §. 4. Testes & annulli signatorii, §. 5. & 6. Materia in qua id ipsum scribebatur, §. 12. Ejusd. codices plures, §. 13. *eod.*

Testamenta quibus modis infirmentur, *lib.* 2. *tot. tit.* 17. *pass.*

Testandi jus penes quos non sit, *lib.* 2. *tit.* 12. *pass.*

Testandi, jure civili antiqui modi, *lib.* 2. *tit.* 10. §. 1. item jure prætorio, §. 2. horum jurium conjunctio, §. 3. *eod.*

Testes testamenti, *lib* 2. *tit.* 10. §. 6.

Thesaurorum dominii jus quale, *lib.* 4. *tit.* 1. §. 39.

Traditionis & quasi Traditionis in dominio acquirendo quale jus, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 40. 41. *& seqq.*

de Triplicationis jure, *lib.* 4. *tit.* 14. §. 2.

de Trebelliano Senatusconsulto, *vide* Senatusconsulto.

à Tutela seu Cura an excusetur, qui testatorem seu defunctum non novit, *lib.* 1. *tit.* 24. §. 10.

Tutelæ definitio, *lib.* 1. *t.* 13. §. 1.

Tutelæ seu Curæ excusationes, ut & quando proponendæ, *lib.* 1. *t.* 25. §. 16.

de Tutelæ gestione, *lib.* 1. *t.* 25. §. 18.

Tutelæ jus antiquum ubi nullus tutor, *lib.* 1. *tit.* 20. *in princ.* si Tutoris testamentarii futuri spes sit, §. 1. si Tutor ab hostibus captus sit, §. 2. *ibid.*

Jus Novum & Novissimum, *lib.* 1. *tit.* 20. §. 4. *&* 5.

Tutelæ obligatio qualis, *lib.* 3. *tit.* 28. §. 2. Ratio & de ejusdem ratione reddenda, *lib.* 1. *tit.* 20. §. 6. *&* 7.

de Tutela agnatorum, *lib.* 1. *t.* 15. & ad quos agnatos pertinet, *lib.* 1. *t.* 16. §. 7. Fiduciaria, *lib.* 1. *t.* 19. Legitima Patronorum, *lib.* 1. *t.* 17. Parentum, *lib.* 1. *d. t.* 18.

à Tutela seu Cura an liberent falsæ allegationes, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 20. Ut recte excusari liceat polypædia seu numero liberorum, *lib.* 1. *tit.* 25. *in princ.* Fiscalis rei administratione, §. 1. Absentia Reipub. causa, 2. Potestate, 3. Lite, 4. Tutelæ vel curæ tribus oneribus, 5. Paupertate, 6. Valetudine adversa, 7. Litterarum imperitia, 8. Datione propter inimicitias; & de Tutore qui testari consensit, 9. Inimicitiis maximis, 11. Passione controversiæ status, 12. Ætate, 13. Militia, 14. Doctrina, Grammatices, Rethorices, & Medicinæ, 15.

Tutelæ ut finiatur pubertate, *lib.* 1. *tit.* 22. *in princ.* Capitis diminutione, §. 1. *&* 4. Eventæ conditionis, 2. Morte, 3. Tempore, 5. Remotione & Excusatione, 6.

Tutor an Curator postea esse cogatur, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 18. Qui testamento datur, *lib.* 1. *tit.* 13. §. 3.

Si

Si Tutor pupilli nomine legatum acceperit, aut de inofficioso testam. agens succubuerit, quid juris, *lib.* 2. *tit.* 18. §. 4. & 5.
Tutoris definitio & etymologia, *lib.* 1. *tit.* 13. §. 2.
de Turore Attiliano, *lib.* 1. *tit.* 20.
de Tutore liberis petendo, *lib.* 3 *tit.* 3. §. 6.
Tutores qui dati possint, *lib.* 1. *tit.* 14. *in princ.* Quibus modis, & cui dentur, §. 3. & 4. Dari quando & cur desierint ex legibus Julia & Titia, *lib.* 1. *tit.* 20. §. 3.
Tutores vel Curatores quibus modis constituantur, *lib.* 4. *tit.* 10. §. 2. Ut suspecti, Quale suspecti crimen, & ut à munere removeantur, ob hoc crimen accusentur: de effectu remotionis, & accusationis; de accusati tutoris morte seu contumacia, Alimentorum denegatione, Tutelæ redemptione, Fraudulenta liberti administratione, & de suspecti satis oblatione, *lib.* 1. *t.* 26. *pass.* & Ut an universum patrimonium dari censeantur, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 17.
de Tutorum auctoritate, *lib.* 1. *tit.* 21.
In quibus causis necessaria, §. 1.
Quomodo interponi debeat, &
Quo casu interponi nequeat, 3. *eod.*
de Tutorum satisdatione, *lib.* 1. *tit.* 24. *pass.*

V

Vacantia bona an usucapi possint, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 4.
de Venditione & Emptione, *lib.* 3. *t.* 4.
de Venditæ rei commodo & periculo, *lib.* 3. *tit.* 24. §. 3.
de Verborum obligationibus, *vide* Obligationibus.
de Verbis stipulationibus, *lib.* 3. *tit.* 16. §. 1.
de Vi bonorum raptorum actionis origine, & Quid in eam veniat, *lib.* 4. *tit.* 22. *in princ.* Adversus quos competat, §. 1. de Quibus detur, §. *ult.*
de Vi, & ejus judicio, *lib.* 4. *t.* 18. §. 8.
Usucapi quæ possint, vel non, *lib.* 2. *tit.* 6. & *seq.* §. 1.
Usum habens ædium, fundi, jumenti, pecorum vel servi, quid juris; & ut usus ab usufructu differat, *in princ. lib.* 2. *tit.* 5. §. 1. 2. 3. & 4.
Ususfructus definitio, *lib.* 4. *tit.* 2. *in princ.* Quibus modis, §. 1. & Quibus in rebus constituatur, 2. Ut finiatur, 3. Et eo finito quid juris, §. 4. *eod.*
Ususfructus & usus communia & differentiæ, *lib.* 2. *tit.* 5. §. *in princ.*
Utilis actionis jus ex lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. §. *ult.*
Vulgaris substitutionis juris ratio, *lib.* 2. *tit.* 15.
ad Vulgo quæsitorum bona ut vocetur mater, *lib.* 2. *tit.* 3. §. *ult.* Item & ipsi ut vocentur ad accessionem matrum, *ejusd. lib. tit.* 4. §. 3.
de Uxoris & mariti injuria, *lib.* 4. *t.* 4. §. 2.
Uxores quæ duci possint, vel non, *lib.* 1. *t.* 10. §. 1.

INDEX III. DECISIONUM,

Et Constitutionum Justiniani Imperatoris, quarum fit mentio in IV. Instit. Lib.

Decisiones sunt quæ dirimunt controversias juris veteris, quæ & Constitutiones dicuntur. Specialiter autem Constitutiones sunt, quibus jus vetus vel emendatur, vel confirmatur, vel ampliatur. Et ex Decisionibus quidem sunt quæ sequuntur.

Decisio *l. penult. C. de necess. serv. instit.* quæ & in ea & in *l. ult. eod.* decisio dicitur, de qua *lib.* 1. *Institut. tit.* 6. §. *idem juris* 2. & *lib.* 2. *tit.* 14. §. 1.
Decisiones, *de Dedititia & Latina libertate tollenda*, quibus singulis datus est proprius titulus *lib.* 7. *eod.* Prior illa fuit, quæ est de Deditítia, cui adjungi etiam possunt, *l.* 2. *C. comm. de manum.* & *l. un. de nudo jure Quiritum toll.* de quibus *lib.* 2. *Instit. t.* 5. §. *ult.* & *t.* 11. §. *ult.* & *lib.* 3. *t.* 7. §. *ult.*
Decisio, *l. si furiosi* 25. *C. de nupt.* de qua *lib.* 1. *Instit. tit.* 10. §. 1
Decisio, *l. pen. C. de adopt.* de qua *lib.* 1. *Instit. t.* 11. §. *sed hodie* 2. & *t.* 12. §. 8. & *lib.* 2. *t.* 13. §. 5. *vers. circa*, & *tit.* 18. §. 1. §. *tam autem* 2. *lib.* 3. *t.* 1. §. *sed ea omnia* 14. & §. *seq.* itemque *tit.* 16. §. 1.
Decisio, *l.* 13. *de usufr. & habit.* de qua *lib.* 2. *Inst. t.* 5. §. *pen.*
Decisio, *l.* 1. *C. de comm. serv. man.* de qua *lib.* 2. *t.* 7. §. *ult.*
Decisio, *l. ult. C. de contr. empt.* de qua *l.* 3. *tit.* 24. §. *pretium* 1.
Decisio, *l ult. C. per quas pers. nob. adquir. lib.* 3. *tit.* 29. §. *ult.*
Decisio, *l.* 21. *C. de furt. lib.* 4. *t.* 1. §. 8. *vers. & cum nobis.*
Decisio, *l. ult. C. eod. t. lib.* 4. *Instit. t.* 1. §. 16. *vers. sed nostra.*

INDEX IV. CONSTITUTIONUM,

Quarum in libris Institutionum meminit Justinianus, & alias jam ipse fecerat, alias nunc facit, alias postea facturus est. Et ex his quidem quas jam fecerat, alia sunt Græca, alia Latina.

Græcæ sunt quæ sequuntur.

Constitutio, *l. 30. C. de Episc. audient. lib. 1. Inst. t. 20. §. 5.*
Constitutio, *l. ult. C. de testam. lib. 2. t. 10. §. legatariis 11.*
Constitutio, *de incertis person. lib. 2. t. 20. §. sed nec 27. & lib. 3. t. 10. §. 1.*
Constitutio, *de Jure patronat. lib. 3. t. 2. §. pen. & t. 8. §. sed nostra 3. & §. ult. & tit. 7. pr. vers. sed nostra, & t. 10. §. cumque antea 4.*
Constitutio, *l. 45. de episc. & cler. lib. 3. t. 27. §. ult. & lib. 4. t. 6. §. 25.*
Constitutio, *l. 5. de sportul. lib. 4. t. 6. §. quadrupli 25.*
Constitutio, *de plus petitionibus, lib. 4. tit. 6. §. tripli 24. & §. 33.*

Latinæ autem quæ sequuntur.

Constitutio, *de lege Fusia Caninia tollenda, lib. 1. Institut. t. 7.*
Constitutio, *l. cum quis 10. C. de nat. lib. 1. t. 10. §. ult. & lib. 3. t. 1. §. 2.*
Constitutio, *l. ult. de Consulibus, lib. 1. t. 12. §. filiusfam. 4.*
Constitutio, *l. ult. de emancip. liber. d. lib. 1. t. 12. §. præterea 6. & lib. 3. tit. 2. §. ult. & tit. 8. §. 4.*
Constitutio, *l. ult. quand. tut. vel curat. describ. 1. tit. 22. princ.*
Constitutio, *l. ult. de leg. tut. lib. 1. tit. 19. in fin. & tit. 25. §. item 13.*
Constitutio, *l. 21. de sacros. eccles. lib. 2. tit. 1. §. sacra 8.*
Constitutio, *l. pen. de usufr. lib. 2. t. 4. §. pen. & lib. 4. tit. 10. §. 2.*
Constitutio, *de usucap. transform. lib. 2. t. 1. §. per traditionem 40. & t. 6. §. 7.*
Constitutio, *l. ult. de quadrienn. præscr. lib. 2. t. 6. §. ult.*
Constitutio, *de donat. caus. mort. lib. 2. tit. 7. §. 2.*
Constitutiones VII. *de donat. inter vivos, & de donat. propter nuptias, l. 34. 35. 36. C. de donat. l. ult. C. de revoc. donat. l. ult. C. de jur. dot. l. ult. C de don. ante nupt.* Quibus aliquid adjungi potest. *l. 38. de episc. & cler.* De his verò agitur *lib. 2. tit. 7. §. 2.*
Constitutio, *de rei uxor. actio. & de fundo dot. lib. 2. Inst. tit. 8. §. 1. & lib. 4. tit. 6. §. fuerat 29.*
Constitutio, *de jure dominii impetrando, lib. 2. tit. 8. §. contra 1.*
Constitutio, *l. 25. de administr. tut. d. lib. & tit. §. pen.*
Constitutiones, *l. 6. & 8. de bon. quæ lib. acquir. lib. 2. t. 9. §. 1. & lib. 3. tit. 18. §. 1.*
Constitutio, *l. 2. & 9. de testam. lib. 2. t. 10. §. sed his 4.*
Constitutio, *l. pen. C. de test. mil. lib. 2. t. 11. in princ.*
Constitutio, *l. ult. qui test. fac. poss.* conjuncta *l. ult. de inoff. test. lib. 2. t. 11. §. ult.*
Constitutio, *l. 10. qui test. fac. poss. lib. 2. t. 12. §. item surdus 3.*
Constitutio, *l. 4. de lib. prætr. lib. 2. tit. 13. §. sed hæc 5.*
Constitutio, *l. 9. de impub. & aliis subst. lib. 2. t. 16. §. ratione 1.*
Constitutio, *l. 30. & 35. de inoff. test. lib. 2. t. 18. §. sed hæc 2. & §. ult.*
Constitutio, *l. ult. de jur. delib. lib. 2. t. 19. §. 5.*
Constitutiones tres, *1. Comm. de legat. lib. 2. t. 20. §. 2. & 3. & §. optionis 23.*
Constitutio, *l. 24. de testam. d. lib. & tit. §. 34.*
Constitutio, *de his quæ pœnæ nomine relinquuntur, d. lib. & tit. §. ult.*
Constitutio, *l. 11. de contr. stip. de lib. & tit. §. post mortem 35. & lib. 3. tit. 20. §. post mortem 12.*
Constitutio, *l. ult. de fideicomm. d. lib. 2. tit. 23. §. ult.*
Constitutio, *l. nuper 11. de natur. liber. lib. 3. t. 1. §. 2. in fin.*
Constitutio, *l. ult. de suis & legit. d. lib. 3. & t. 1. §. 15. in fin.*
Constitutio, *l. pen. de legit. hær. lib. 3. t. 2. §. 3. in fin.*
Constitutio, *l. 3. de jur. delib. lib. 3. t. 3. §. sed nos 4.*
Constitutio, *l. ultim. ad Senatumconsultum Tertyllianum, dict. lib. 3. & tit. 3. §. sed cum antea 5.*
Constitutio, *l. ult. Comm. de successionibus, lib. 3. t. 10. princ.*
Constitutio, *l. ult. de testam. man. lib. 3. tit. 11. §. ult.*

Con-

Constitutio, *l.* 14. *de contr. stip. lib.* 3. *tit.* 20. §. *item verborum* 11.
Constitutio, *l. pen. de non num. pecun. lib.* 3. *t.* 21. *& lib.* 4. *t.* 13. §. *idem juris* 2.
Constitutio, *l.* 17. *de fidei instrument. lib.* 3. *t.* 23. §. 1.
Constitutio, *l. ultim. de novationib. lib.* 3. *t.* 29. §. *penult.*
Constitutio, *l.* 2. *de constit. pecun. lib.* 4. *t.* 6. §. *in personam* 8.
Constitutio, *l. ult. de petit. hær. lib.* 4. *t.* 6. §. *actionum* 28.
Constitutio, *l. ult. de compensat. lib.* 4. *t.* 6. §. *in bon. fid.* 30.
Constitutio, *l.* 2. *de jurejur. propt. calum. lib.* 4. *t.* 16. §. 1.
Constitutio, *de raptu virginum, lib.* 4. *t.* 18. §. 8.

Et hæ quidem sunt Constitutiones, quas jam fecerat Justinianus ante horum librorum editionem. Facit autem in his libris *Instit.* sequentes, quæ non extant alibi.

De SC. Pegasiano tollendo, lib. 2. *Instit. t.* 23. §. *sed quia* 7.
De minori xx. ann. data potestate servorum manumittendorum, lib. 1. *t.* 6. §. *ult.*
De hærede vetito in testamento testimonium perbibere, lib. 2. *t.* 10. §. *sed neque* 10.
De satisdationibus in judicio præstandis, quod in usu receptum erat contra formam juris veteris, ut idem observetur in omnibus provinciis, lib. 4. *tit.* 11. §. *ult.*

Facturus autem erat Justinianus, nondum fecerat eam Constitutionem, cujus sententiam prævertit exponere in extremo *tit.* 1. §. 3.

Ex hoc verò tam ingenti numero Constitutionum Justiniani, quæ referuntur in his IV. *Instit.* libris, & repetuntur quædam etiam in ei sæpius, satis liquet jure meritoque hos libros Justiniano attribui potius, quam aliis vel Imperatoribus vel legum aut juris Auctoribus, ex quibus sumpta sunt cætera, quæ in his libris referuntur, quorum etiam omnium simul ac locorum singularium, quibus hi libri sunt insigniti, Indices conficere visum est.

INDEX V. CONSTITUTIONUM.

Aliorum Imperatorum; quæ in iisdem Institutionum libris referuntur.

D. Augusti auctoritas, & jussum, *lib.* 2. *Inst. tit.* 12. *in princ. & tit.* 23. *in pr. &* §. 14. *tit.* 25.
Augusti jussio, *lib.* 2. *t.* 23. §. 1. *& ult.*
Tiberii Cæs. Constitutio, *lib.* 2. *t.* 15. *in fin.*
D. Claudii indulgentia, *lib.* 3. *t.* 3. §. 1.
Nervæ auctoritas, *lib.* 2. *t.* 12. *in princ.*
Trajani rescriptum, *lib.* 2. *t.* 11. §. 1.
Ejusdem edictum, *lib.* 3. *t.* 7. §. *ult.*
Ejusdem Optimi Imp. auctoritas, *lib.* 2. *t.* 12. *in princ.*
D. Adriani subscriptio, *lib.* 2. *t.* 12. *in princ.*
Ejusdem venia & speciale beneficium, *lib.* 2. *tit.* 19. §. 5.
Ejusd. Epistola, *lib.* 3. *tit.* 21. §. 4.
Ejusdem rescriptum, *lib.* 2. *t.* 1. §. 39. *& t.* 10. §. 7. *& t.* 20. §. 25.
D. Pertinacis oratio, *lib.* 2. *t.* 17. §. *penultim. & ult.*
D. Pii rescriptum, *lib.* 2. *t.* 25. *similiter*, 8. *& lib.* 2. *t.* 6. §. *res fisci* 4. *& tit.* 15. §. 3. *& tit.* 20. §. 4.
D. Marci edictum, *lib.* 2. *t.* 6. §. *ult.*
Ejusdem Constitutio sive rescriptum, *lib.* 3. *t.* 11.
Ejusdem rescriptum aliud, *lib.* 4. *tit.* 6. §. *in bonæ fid.* 30.
Ejusdem aliud rescriptum in semestribus, & pleraque alia de Excusationibus tutorum, *lib.* 2. *t.* 25.
Divorum fratrum rescripta, *lib.* 1. *tit.* 25. §. *sed & propter* 6. *&* §. *non esse* 10.
Divor. Severi & Antonini rescripta sive epistolæ, *lib.* 1. *t.* 25. §. *qui tutelam & tit.* 26. *tribus locis, & lib.* 2. *t.* 6. §. *res fisci* 4. *& inter* 8. *& tit.* 10. §. *sed cum aliquis* 7. *& t.* 15. §. *sed instituto* 3. *& t.* 17. *duobus locis, item t.* 20. §. *sed & si rem* 5. *&* §. *si rem* 12. §. *sed si uxori* 15. §. *peculium* 20. *& tit.* 25. §. 1.
Divorum eorumd. Constitutio, *l.* 2. *t.* 14. *princ.*
Divi Severi Constitutio, *lib.* 2. *t.* 9. §. *penult.*
D. Gordiani beneficium, *lib.* 2. *t.* 19. §. 5.
Divor. Principum Valentiniani, Theodosii & Arcadii Constitutio, *lib.* 3. *t.* 1. §. *item vetustas* 15. quæ est *l.* 4. *C. Th. de leg. hæred. & tit.* 4. §. *sed cum* 2. & est *lex, Si defunctus* 9. *C. de suis & leg. lib.*
Leonis inclytæ recordationis, *lib.* 3. *tit.* 20. §. *item si quis* 23. Leoniana Constitutio, *lib.* 3. *t.* 16. §. 2.
Zenoniana lex vel Constitutio, *lib.* 2. *t.* 6. *in fin. & lib.* 3. *t.* 25. §. *adeo* 3. *& lib.* 4. *t.* 4. §. *in summa* 10. *& t.* 6. §. 33. *itemque t.* 13. §. 10.

Ze-

Zenonis divæ memoriæ Constitutio, *lib.* 2. *t.* 6. §. *ult.* & *lib.* 4. *t.* 6. §. *si minus* 34.
Anastasiana lex, *lib.* 3. *t.* 5. §. 1.
D. Justini partis Justiniani Constitutio, *lib.* 2. *t.* 7. §. 3. & *t.* 12. §. *pen.*
Sæpissime etiam retro Principum Constitutiones Constantini, Theodosii, Valentiniani & aliorum nomine non expresso in his libris adducuntur, & quæ usu fori foro increbuerant, irroboraverantque.

INDEX VI.

LOCORUM ET SENATUSCONSULTOR.

Veterum, quorum fit mentio in iisdem IV. libris Institutionum.

Lege XII. tab. *lib.* 1. *instit. t.* 15. & 17. & 26. *lib.* 2. *t.* 1. §. *cum in suo* 29. & §. *venditæ* 41. *t.* 6. §. *furtivæ* 2. *t.* 13. §. *sed hæc* 5. *t.* 22. *in princ. lib.* 3. *t.* 1. §. 1. §. 9. & §. *ult. t.* 2. *tribus locis*, *t.* 3. *t.* 4. §. 2. *t.* 5. §. 1. *tit.* 8. *pr.* §. 3. *t.* 10. *in princ.* & *lib.* 4. *t.* 4. §. *pœna* 7. *t.* 8. §. 4. & *t.* 9. *in pr.*
Lex Ælia Sentia, *lib.* 1. *t.* 5. §. 3. & *t.* 6.
Attilia, *lib.* 3. *t.* 20. *in princ.*
Attinia, *lib.* 2. *t.* 6. §. *furtivæ* 2.
Aquilia, *lib.* 4. *t.* 3. & 6. §. 19. §. *in duplum* 21. & *t.* 8. §. *sunt autem* 4.
Cornelia injuriis, *lib.* 4. *t.* 4. §. *sed & lex* 8. de Falsis, *lib.* 4. *t.* 4. 18. §. 7. de Testamentis, *lib.* 2. *tit.* 12. *in fin.* de Sicariis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 5. 6.
Fabia de Plagiariis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 10.
Falcidia, *lib.* 2. *tit.* 22.
Furia, ibid.
Fusia Caninia, *lib.* 1. *t.* 7.
Hortensia, *lib.* 1. *t.* 2. §. 4.
Hostilia, *lib.* 4. *t.* 10.
Julia & Titia, *lib.* 1. *t.* 20. *in princ.* Julia & Plautia, *lib.* 2. *t.* 6. §. 2. Julia de fundo dotali, *lib.* 2. *t.* 8. Julia Vellea, *lib.* 2. *t.* 13. §. *posthumorum* 2. Julia de vi, *lib.* 4. *tit.* 15. & *t.* 18. §. 6. §. 8. Julia Majestatis, Peculatus, de Pudicitia, de Annona, Repetundarum, de Ambitu, de Residuis, *lib.* 4. *tit.* 18.
Junia Norbana, *lib.* 1. *t.* 5. §. 3. & *lib.* 3. *t.* 8. §. *sed hæc* 4.
Papia, *lib.* 3. *t.* 8. §. *postea* 2. & *seq.*
Pompeja de Parricidiis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 6.
Regia, *lib.* 1. *t.* 2. §. 6.
Voconia, *lib.* 2. *tit.* 22.
Senatusconf. Claudianum, *lib.* 3. *t.* 13.
Largianum, *lib.* 3. *t.* 7. §. *penul.*
Macedonianum, *lib.* 4. *t.* 8. §. *ult.*
Neronis temporibus factum de fideicommissis, *lib.* 2. *t.* 23. §. 4.
Vespasiani Augusti temporibus factum, de fideicommissis, *lib.* 2. *t.* 23. §. *sed quia* 5.
Orphitianum, *lib.* 3. *t.* 4.
Pegasianum, *lib.* 2. *t.* 23.
Sabinianum, *lib.* 1. *t.* 1. §. *sed ea omnia* 14.
Tertyllianum, *lib.* 3. *tit.* 3.
Trebellianum, *lib.* 2. *t.* 23. & Senatusconsult. de Adsignatione libertorum, *lib.* 3. *t.* 9. §. *ult.*

INDEX VII.

AUCTORUM JURIS, ALIORUMQUE,

Qui testes citantur in his libris.

Ælius Martianus in Institutionibus, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 1. est is forte ad quem pertinet Antonini rescriptum, de quo *lib.* 1. *tit.* 8. Mentionem etiam facit Martiani, *lib.* 1. *tit.* 4. & *lib.* 4. *t.* 3.
Attilicinus, *lib.* 2. *tit.* 14. *in pr.*
Cajus ex libris Institutionum & Rerum quotidianarum, & ad leges XII. tab. in Constitutione Justiniani his libris præposita, *lib.* 4. *t.* 18. §. *item lex Cornelia* 5.
Cassius, *l.* 3. *t.* 24. §. *item* 2.
Cato, *lib.* 1. *t.* 11. §. *ult.*
Celsus, *lib.* 2. *t.* 20. §. 12.
Gallus Aquilius, *lib.* 3. *tit.* 30. §. 2.
Homerus, *lib.* 2. *t.* 7. §. 1. & *lib.* 3. *tit.* 24. §. 2. & *lib.* 4. *t.* 3. §. 1
Julianus, *lib.* 1. *t.* 10. §. *si uxor* 9. & *t.* 26. §. *suspectus* 5. *lib.* 2. *t.* 1. §. 28. & *t.* 20. *quatuor lo-*

locis: itemque, *lib.* 3. *t.* 9. §. 2. & *lib.* 4. *t.* 5. §. *si si iu f.* 2.
Labeo, *lib.* 2. *tit.* 25.
Marcellus, *lib.* 2. *t.* 5. §. *penult.*
Papinianus, v. Resp. & alibi, *lib.* 1. *t.* 25. §. 2. *t.* 26. §. *si quis autem* 7. *lib.* 2. *t.* 1. §. 8. & *t.* 6. §. *res fisci* 4. & *t.* 20. §. *ex contraria* 14. *t.* 23. §. *sed quia* 7. *t.* 25. §. *non tantum* 1.
Paulus ad Massurium Sabinum, *lib.* 2. *tit.* 14. *in pr.*
Idem ad Plautium, *ibid.*
Pomponius, *lib.* 2. *t.* 10. §. possunt 5.
Proculi sententia, *l.* 3. *t.* 24. §. 2.
Q. Mutius, *lib.* 3. *tit.* 26. §. 2.
Sabinus, *lib.* 3. *t.* 20. §. *ult. lib.* 3. *t.* 27. §. 6. & *lib.* 4. *t.* 3. §. 15.
Sabiniani & Proculejani, *lib.* 2. *tit.* 1. §. *cum ex aliena* 25.
Sabius & Cassius, *lib.* 3. *t.* 24. §. 2. & *tit.* 27. §. *is qui* 8.
Scævola, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 16.
Servius, *lib.* 1. *t.* 13. §. 1. & *lib.* 3. *t.* 26. §. 2.
Trebatius, *lib.* 2. *tit.* 25.
Xenophon, *lib.* 4. *t.* 18. §. *item lex Cornelia* 5.

INDEX VIII.
RERUM ET LOCORUM,

Singularium fere omnium, quibus similes in jure nulli alii reperiuntur.

De institutis Atheniensium & Lacedæmoniorum, *lib.* 1. *tit.* 2. §. 10.
Ratio cur liberi patroni sint legitimi tutores, parentis liberi manumissoris fiduciarii, *lib.* 1. *tit.* 29.
Pomponii opinio de subsignatione testium in testamento, *lib.* 2. *t.* 10. §. *possunt* 5.
Testamentorum tria genera, & Testamenti veriloquium, *lib.* 2. *t.* 10. *in princ.* §. *sed ut* 1.
Relatio ex Atilicinio de Institutione hæredum, *lib.* 1. *tit.* 14. *in pr.*
Pertinacis oratio de tabulis testamenti, *lib.* 2. *t.* 17. §. 7.
Venia D. Hadriani de abstinendi ab hæreditate potestate, *lib.* 2. *tit.* 19. §. *extraneis* 5.
Ejusdem rescriptum, Ne miles incertæ personæ legare possit, *lib.* 2. *t.* 20. §. *incertis* 25.
Scabini opinio de Hærede pœnæ nomine adjiciendo, *d. t.* 20. §. *Pœnæ* 36.
Papiniani dictum de captiosis stipulationibus, *lib.* 2. *t.* 23. §. *sed quia* 7.
Origo fideicommissorum, *d. lib.* & *t.* §. *sciendum* 1. *item* & *tit.* 25. *in princ. ubi de Lucio Lentulo per parenthesim agit.*
Origo Codicillorum, *d. t.* 25. *in princ.*
Severi & Antonini rescriptum de Codicillis factis ante testamentum, *d. t.* 25. §. *non* 1. *vers. Sed D. Severus.*
Claudii indulgentia in favorem matrum succedentium liberis, *lib.* 3. *t.* 3. §. 1. *ibi. Et primus quidem Divus Claudius.*
Graduum cognationis diagramma, *lib.* 3. *tit.* 6. §. *fin.*
Senatusconsulti Largiani, & edicti Trajani sententia, *lib.* 3. *t.* 8. §. *ult.*
D. Marci rescripti verba, de novo casu successioni ex causa libertatis, *lib.* 3. *t.* 12. §. 1.
De bonis defuncti filii adrogati à creditoribus possidendis, *lib.* 3. *t.* 11. *in fin.*
Obligationis definitio, *l.* 3. *t.* 14. *in princ.*
Venditionis conditionalis exemplum, *lib.* 3. *t.* 24. §. *pen.*
Cassi sententia de Emptione seu Venditione materiæ: item Locatione seu Conductione operarum, *lib.* 3. *t.* 25. §. *item quæritur* 4.
Sabini item de mandato obligatorio, *lib.* 3. *t.* 27. §. 8.
Furtorum genera & de Fure hos ipso manifesto, quod visus à domino fuerit, *lib.* 4. *tit.* 1. §. *Furtorum* 3.
Locus, §. *si communi servo* 4. *de injuriis*, adversus Pædianum, *lib.* 4. *t* 4
Bonæ fidei quindecim actiones enumeratæ, *l.* 4. *t.* 6. §. *actionum* 28.
Locus quo traditur, Servum noxæ deditum ab eo etiam invito cui deditus est, pecunia data redimi & manumitti posse, *lib.* 4. *t.* 8. §. *dominus* 3.
Lex Hostilia, qua permissum erat furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut Reipub. causa abessent, quive in eorum alicujus tutela essent, *lib.* 4. *t.* 10. *in princ.*
Ratio cur furti manifesti sit perpetua actio, *lib.* 4. *tit.* 11. *in princ.*
Judicia omnia esse absolutoria, *d. tit.* 12. §. *fin.*

INDEX IX.

HISTORICUS IN TIT. DIGESTORUM,

De Origine & Progressu juris: item & de Institutione Magistratuum, ac de Jurisconsult.

DE Actionibus Legis sive Legitimis, *l. 2. §. 6. 7. & 12. D. de orig. jur.* Vid. & Cic. *pro Murena cap. 11.*

Ædiles Curules ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas potestasve, *l. 2. §. 26. D. de orig. jur.* Vid. & Liv. *lib. 6. cap. 42. in hist. Rom.* Cicer. *lib. 5. in Verr.* & *lib. 2. de Offic. c. 16.*

Ædiles Cereales sive Frumentarii: ut Romæ constituti, & quale illorum munus, qualisve juris auctoritas, *l. 2. §. 32. D. de orig. jur.* & vide ibi Cujac. item Sueton. *in Jul. c. 41.* & Dion *in fin. lib. 43.*

Ædiles plebis, ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, *l. 2. §. 21. D. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib. 2. hist. Rom.* Dionys. Halic. *lib. 6. antiq.* Varr. *lib. 4. de ling. Lat.* & Auson. poet *idyll. 15.*

Censores ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, *l. 4. §. 17. D. de orig. jur.* Vide præterea de his Liv. *lib. 4. cap. 8. hist. Rom.* Cic. *lib. 3. de leg. cap. 3. & 20. &* Agell. *lib. 4. cap 12.* Item Hotom. *in sua descript. Magist. Roman.*

de Constitutionibus Principum: sive Principalium jure & auctoritate, *l. 2. §. 11. & 12. D. de orig jur.* ac de iis vide pass. *lib. 1. tit. 4. Digest.* & ibid. DD. *lib. 1. t. 14. & 15. Cod.*

Consuetudine ut Romani primum pro jure uterentur, colligitur ex *l. 3. §. 3. de orig. jur.* de Consuetudinis autem vi & potestate agunt DD. in *l. quibus 31. D. de legib.* & in *§. constit. & §. ex non script. Instit. de jur. nat. gent. & civ.*

Consules ut Romæ constituti Regibus exactis, & quæ eorum fuerit auctoritas, *l. 2. §. 16. 26. & 27.* vide & de iis *Novell. Justiniani Imp. 24. & 25.* Cic. *lib. 3. de leg. cap. 3.* Varron. *lib. 4. de ling. latin. & lib. 3. de vita prop. Rom. apud Noni.* item Anton. Cont. *lib. 2. lection. successivar. jur. civ. cap. 19.* itemque Liv. *lib. 2. cap. 1. & lib. 3. cap. 55.* Polyb. *lib. 6.* ac quidem Hotom. *in suo tract. de Magistratuum Rom. descriptione.*

Curiarum origo & divisio prima apud Roman. *l. 2. §. 1. D. de orig. jur.* vide & Varron. *lib. 4. de ling. Lat.* Fest. *lib. 3.* Liv. *lib. 1. hist. Rom cap. 13.* & Dionys. Halic. *lib. 2. antiq.*

de Curiatis legibus, vid. inf. voce *Legibus*, & Liv. *lib. 5. cap. 46. hist. Rom.* & Cic. *2. Agrar. c. 30.*

Decemviri legibus scribendis litibusque judicandis, ut Romæ primum constituti, & eorum qualis fuerit authoritas, *l. 2. §. 4. & 29. D. de orig. jur.* vid. & Liv. *decad. 1. lib. 3. cap. 33.* Agell. *lib. 17. cap. 21.* & Cujac. *lib. 3. obs. cap. 32.*

Decemvirorum constitutio apud Rom. *l. 2. §. 13. 16. & 24. D. de orig. jur.* vide & Varron. *lib. 4. de Ling. Lat.* Liv. *lib. 1. 3. & 6. hist. Rom.* item Dion. Halic. *lib. 2. 3. 4. & 10. antiq. Rom.*

Dictatores ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, *l. 2. §. 18. D. de orig. jur. & l. un. D. de offic. Praf. Præt. lib. 1. tit. 11.* Vide & Dion. Halic. *lib. 5. antiq. Rom.* Varron. *lib. 4. de ling. Lat.* Liv. *lib. 2. cap. 18. & lib. 7. cap. 3. hist. Rom.* Cic. *lib. de finib. & de legib. & passim aliis.* Itemque Canter. *lib. 2. Novar. lect. cap. 4.* & post eos Hotom. *in d. descript. Magistrat. Rom.*

Duodecim tabularum legum origo. Vide *Legum.*

de Fori disputatione ex auctoritate Prudentium, *l. 2. §. 5. D. de orig. jur.*

Honorarium jus quale, & unde dictum, *l. 2. §. 10. & 12. D. de orig. jur.* Vide præter Pomp. Jurisconf. hujus leg. auctorem Papinian. in *l. jus autem 7. in fin. de just. & jur.*

Hortensia (sive Hortensii Dictatoris Rom.) lege ut confirmata plebiscita, *l. 2. §. 8. D. de orig. jur.* vide & Liv. *lib. 5. hist. Rom.* & Agell. *lib. 15. cap. 27.*

Jus civile Ælianum, *l. 2. §. 7. D. de orig. jur.* Hujus autem formulæ litteris singularis scribi solebant; unde & Notæ dicebantur, ut refert D. Cujac. *in hunc loc. ex Marc. Tullii orat. pro murena.*

Jus civile Papinianum quale, *l. 2. §. 2. D. de orig. jur.* vide & Agell. *lib. 6. cap. 9.* & Valer. Maxim. *lib. 2. cap. 1.*

Jus civile sine scripto ex Prudentium auctoritate proficiscens, *lib. 2. §. 5. & 12. D. de orig. jur.*

Jus Honorarium quale, vide *Honorarium.*

Juris interpretatio ut prudentium auctoritatem desideret, *l. 2. §. 5. D. de orig. jur.*

Juris origo & processus, *l. 2. in princ. D. de orig. jur.*

Jurisconsultorum, Professorum, & Auctorum sive Scribentium veterum descriptio, *l. 2. §. 35.*

§. 35. & *seqq. D. de orig. jur.* de quibus etiam plura Hotom. *in suo tract. Jurisconsult.*

Jurisconsultorum responsa quando in usu & auctoritate esse cœperunt, *d.l.2.* §.4. *d. tit. de orig. jur.*

de Legis actionibus. Vide *Actionibus.*

Legum XII. tabular. origo, & quis auctor fuerit earum ferendarum, *l.2.* §. 4. & 7. *D. de orig. jur.* Vide & earum fragmenta, quæ adhuc supersunt, ut passim apud varios auctores reperiuntur: à nobis huic juris civilis Enchiridio seu Epitome adjecta. Vide præterea de iis nonnulla apud Cic. *de legib.* & *passim aliis ejusd. opusculis*, & apud Dionys. Halic. *lib.* 8. *antiq.* ac quidem Rævard. Rivalli. Oldendorp. & Hotom. etiam Cujacium, qui de iis ex professo scripserat.

de Legibus Regiis & Curiatis apud Roman. *l.* 2. §. 2. *D. de orig. jur.* vide & Balduin Jurisconf. tract. quem inscripsit *de Legib. Roman.* item Manur. *de Legib. Roman.* ac quidem Hotom. *indicem legum Roman.*

Magistri equitum ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, *l.* 2. § 19. *D. de orig. jur.* & *l. unic. D. de offic. Præf. Præt. lib.* 1. *tit.* 11. vide & Hotom. *in præd. sua descr. Magistr. Rom.* Canter. *lib.* 2. *Novellar. lect. cap.* 4. & Rosin. *lib.* 7. *antiq. cap.* 18.

Papirianum jus civile quale, vid. sup. vocem *Jus.*

de Plebiscitis, sive Plebis populive placitis, ac decretis, *l.* 2. §. 8. & 12. *D. de orig. jur.* Vide & Rosin. *antiq. lib.* 6. *cap.* 16. & *lib.* 8. *cap.* 8

Pontificum collegium quantæ auctoritatis apud Roman. *l.* 2. §. 6. *D. de orig. jur.* vide & Cic. *lib.* 1. *de orat. cap.* 43. & 2. *de legib. cap.* 8. itemque Liv. *lib.* 9. *hist. Rom. cap.* 46. & Dionysius Halicarn. *lib.* 10. *antiq. Rom.*

Præfecti Annonæ & Vigilum ut Romæ constituti, & quale illorum munus, *l.* 2. §. 33. *D. de orig. jur. ac pass. tot. tit.* 15. *lib.* 1. *Digest.* Vide & de iis *l. mulierem* 13. *D. de accus.* Liv. *lib.* 4. *cap.* 12. *hist. Rom.* Sueton. *in August. cap.* 41. Dion. *lib.* 55. ac quidem Rosin. *lib.* 7. *antiquitat. cap.* 34. & *t.* 43. & 44. *lib.* 2. *Cod.*

Præfectus Urbi ut Romæ constitutus, & quale ejus munus, *l.* 4. §. 33. *D. d. tit. de orig. jur.* Vide & Sueton. *in Aug. cap.* 37. & Dionys. *lib.* 52. *item pass. t.* 12. *lib.* 1. *Digest.* Cornel. Tacit. *lib.* 5. *Annal. cap.* 10. &c. & Agell. *lib.* 14. *cap.* 7. ac quidem Hotom. *in sua dict. descript. Mag. Rom.* ubi tria genera Præfectorum sive Præfecturæ urbi tradit: Unum eorum scilicet, qui sub Regibus & primis Consulum temporibus extraordinarii Magistratus fuerunt. Aliud eorum qui posterioribus temporibus, libera tamen adhuc civitate, ejus Magistratus procurationem habuerunt, qui & Præfecti urbi Latinarum causa dicti sunt. Tertium verò genus eorum, qui Imperatorum temporibus ordinarii Magistratus fuerunt. De officio autem Præfectorum Prætorio agitur pass. *tit.* 26. & 27. Augustalis *lib.* 1. *tit.* 37. *Cod.*

Prætores de Fideicommisso sive Fideicommissarii, ut Romæ constituti: item & Prætores alii inter fiscum & privatos jus dicentes: deque vario Prætorum munere, *dict. l.* 2. §. 32. *D. de orig. Jur.* & *l.* 2. *C. qui pot. in pign.* De Prætorum autem officio, vid. *pass. dict. lib.* 1. *tit.* 14. *D. itemque ejusd. lib.* 1. *tit.* 11. De hujusmodi autem Prætore Fideicommissario agunt, Fabius *lib.* 3. & Paulus Jurisconsult. in *in l. quæsitum* 78. §. *penultim. D. de legat.* 5. & *l.* 4. *in fin. D. quibus ad libert.* ac etiam Ulpian. *in l. sicuti legatam* 92. *D. de cond.* & *demonst.*

Prætores ut plures Romæ constituti, quorum alii Urbani, alii Peregrini, alii etiam Provinciales dicti sunt & quæ illorum auctoritas seu potestas, *d. l.2.* §. 27. 28. 32. & *seq. D. de orig. jur.* vide & Liv. *lib.6.* Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Livii Epitom. *lib.* 14 Cicer. *lib.* 3. *de legib.* Sueton. *in August.* & *Claud.* itemque Cyprian. *epistol. lib.2.* De eorum officio. Vide *lib.* 1. *tit.* 39. *Cod.*

Principum auctoritas quanta qualisve in constitutionibus suis, *l.2.* §. 11. & 12. *D. de orig. jur.* Vide & pass. *d. l. tit. Dig.* & *in eamd. l. DD.*

Prudentium auctoritas ut necessaria in juris interpretatione, *l.2.* §. 5. *D. de orig. jur.*

Quæstiones publicas ut primum Romæ instituisse Sulla Dictator dicatur, *d. l.* 2. §. 32. *d. t. de orig. jur.* de Prætoribus etiam plura vide apud Iuterpretes *hujus* §. tam veteres quam neotericos: vide & *l. unic. lib.* 1. *cap.* 13. *D. de offic. Prætor.*

Quæstores Ærarii ut Romæ constituti, & quale illorum munus, *l.2.* §. 22. *D. de orig. jur.* Vide & Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Liv. *lib.* 7. *hist. Rom.* Agell. *lib.*13. *cap.*13. item & Jun. Graichan. *lib.* 7. *de potestatibus*, & Sigon *lib.2. antiquit. Rom. cap.* 2. ac Hotom. *in præd. sua descr. Magistr. Rom.*

Quæstores Parricidii ut Romæ constituti, & illorum jus quale, *dict. l.* 2. §. 21. *dict. tit. D. de orig. jur.* Vide & Fest. in voce *Quæstores*, & Hotom. *in dict. sua descript. Magistr. Roman.* ubi & de Quæstoribus Provincialibus

bus agit. De officio autem Quæstoris, vide *lib.* 1. *t.* 13. *D.*

Regia manus seu potestas apud Roman. ut primum fuerit, *l.* 2. §. 1. *D. de orig. Jur.* vide & Liv. *lib.* 1. Dionys. Halicarn. *antiquit. lib.* 2. & 4. Plutarch. *in vita Romuli*, item & Rosin. *antiquit. lib.* 7. *cap.* 3. ubi de Regum officio agitur.

Reges ut primi fuerunt Magistratus apud Romanos, *l.* 2. §. 14. *D. de orig. jur.* De eorum verò auctoritate potestateve præter ea quæ traduntur hoc loco, vide & Sueton. *in Neron. cap.* 15. & Cornel. Tacit. *lib.* 3. *annal.*

de Regiis legibus, vid. sup. vocem *Legibus*.

Successionis plebis Rom. à Patribus causa quæ, *l.* 2. §. 4. *D. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 2. Halicarn. *lib.* 6. *antiq.* & Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.*

de Senatusconsultorum origine & auctoritate, *l.* 2. §. 4. *D. de orig. jur.* vid. & Agell. *lib.* 14. *cap.* 7. ac quidem *lib.* 1. *tit.* 3. *Digest.* ubi *de legibus & Senatusconsult.* agitur, *lib.* 1. *tit.* 16. *Cod.*

Tribuni Celerum secundi Roman. Magistratus, *l.* 2. §. 15. *D. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 4. *hist. Rom.* Dionys. Halicarn. *lib.* 2. *antiq.* & Corn. Tacit. *lib.* 1. *Annal.*

Tribuni militum ut Romæ constituti, & quæ illorum potestas, *l.* 2. §. 52. *D. de origine Juris.* Vide & Liv. *lib.* 4. *hist. Rom. cap.* 31. 57. Dionys. Halicarn. *lib.* 2. *antiq.* Veget. *lib.* 2. *cap.* 7. & Ascon. Pædian. *in lib. Cicer. de divinat.*

Tribuni plebis ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas sive potestas, *l.* 2. §. 20. *D. de orig. jur.* Vide de iis præterea Liv. *lib.* 2. *cap.* 33. Dionys. Halicarn. *lib.* 6. *antiq. Rom.* Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Cic. *lib.* 3. *de legib.* Agell. *lib.* 13. *cap.* 12. & Ascon. Pædian. *in Cornelia.*

Tribunitia lex de primis Regibus Roman. ejiciendis, *l.* 2. §. 3. *D. de orig. jur.* vide & Fest. *lib.* 17. & Liv. *lib.* 2.

Triumviri Capitales, Monetales: Quatuorviri viarum curatores: & Quinque viri nocturni, ut Romæ constituti: & quale illorum jus munusve, *dict. l.* 2. §. 30. 31. & *sequent. Digest. de origine juris.* Vide & Fest. & *in eumd.* Scaliger Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* & Jacobus Rævard. *lib.* 2. *variar. cap.* 18.

FINIS.

ARNOLDI

VINNII, J.C.

SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM

LIBRI DUO,

QUIBUS

Ejuſdem Auctoris Commentarius in Inſtitutiones Juſtinianeas illuſtratur, ac intricatiſsimæ Juris materiæ nondum ventilatæ, omnibus Legum Romanarum Candidatis utiliſsimæ, dilucidè enodantur.

EDITIO NOVISSIMA.

SYLLABUS CAPITUM
LIBRI PRIMI.

CAP. I. *An sine exceptione quidquid contra legem fit, sit ipso jure nullum?* Pag. 1.

II. *Leges interpretari sitne solius Principis, an verò & quo casu etiam privatorum?* 2.

III. *Utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio, an jurisdictioni adscribenda?* 5.

IV. *An prorogatio jurisdictionis de loco ad locum & de tempore ad tempus, ex ratione juris nostri defendi queat?* 7.

V. *In jus vocatio an sit pars judicii propriè dicti?* 10.

VI. *An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri prosit, aut noceat?* 11.

VII. *Si unius debiti plura sint chirographa apud creditorem, an unius redditione censeatur obligatio remissa?* 13.

VIII. *An de controversiis ex testamento ortis rectè transigatur non inspectis testamenti verbis, & quid hic statuendum de pactione gratuita?* 14.

IX. *An vulgaris distinctio procuratoris universorum bonorum in simplicem & cum libera, ex ratione juris nostri defendi possit?* 16.

X. *An rectè interpretes statuant, restitutionem in integrum esse remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire judicium, rescindens, & rescissorium?* 18.

XI. *Quale sit beneficium restitutionis in integrum, reale an personale, & an fidejussoribus quoque prosit?* 20.

XII. *An dolus dans causam contractui bonæ fidei, eum reddat ipso jure nullum?* 22.

XIII. *An minori* 25. *annis Doctori juris, si captus sit, concedenda in integrum restitutio?* 25.

XIV. *An si institutus beneficio ætatis contra aditionem hæreditatis restitutus sit, convalescat substitutio?* 26.

XV. *An* auth. Sacramenta puberum, C. si adversf. vendit. *pertineat tam ad contractus invalidos, quàm ad validos ipso jure?* 27.

XVI. *Utrum unum tantùm, an duo sint genera arbitrorum similitudinem judicum habentium?* 29.

XVII. *An litis contestatio aliter, quàm negativè ex parte rei fieri possit?* 30.

XVIII. *An in controversiis de possessione aut rei proprietate solus locus rei sitæ sit forum competens, an verò & locus domicilii rei?* 31.

XIX. *An querela inofficiosi testamenti sit species petitionis hæreditatis?* 33.

XX. *An in querela inofficiosi locus sit edicto successorio?* 34.

XXI. *An liberi justè exhæredati connumerentur in computatione legitimæ, seu an cæteris partem faciant?* 36.

XXII. *Legitima sitne bonorum quota, an hæreditatis, & an recipiat ullum gravamen?* 38.

Pe-

XXIII. *Petitio hæreditatis an detur contra possidentem titulo singulari?* 39.

XXIV. *An ei, qui non possidet, actio aliqua jure prodita sit, qua consequatur impensas in rem alienam factas?* 41.

XXV. *An bonæ fidei possessor fructus omnes, tam naturales quàm industriales percipiendo suos faciat?* 44.

XXVI. *An bonæ fidei possessor fructus omnes, quos percepit, domino rem suam vindicanti restituere teneatur?* 46.

XXVII. *An ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?* 49.

XXVIII. *Ususfructus sitne dividuus, an individuus?* 50.

XXIX. *An testator possit fructuario remittere cautionis fructuariæ partem, quæ est de re finito usufructu restituenda?* 52.

XXX. *An in argumento de servitutibus prædiorum, sola ædificia ad usum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda?* 53.

XXXI. *An in proscriptione servitutum semper opus sit titulo?* 55.

XXXII. *An quæ servitutes prædiorum pignori dari possint?* 57.

XXXIII. *An is, in cujus ædibus incendium ortum est, teneatur lege Aquilia ad resarciendum damnum vicinis inde allatum; & an inquilinus ex locato locatori?* 58.

XXXIV. *An actiones finium regundorum, familiæ ercifcundæ, communi dividundo 30. annorum præscriptione tollantur, & an longi temporis præscriptio 10. vel 20. annorum hic procedat bonæ fidei possessori?* 60.

XXXV. *Quomodo inter fratres instituto familiæ ercifcundæ judicio dividenda hæreditas?* 62.

XXXVI. *An ad res dividendas etiam actione pro socio agi possit, nimirum inter eos, quorum res communis est causa societatis?* 64.

XXXVII. *An actio negotiorum gestorum electivè concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ ercifcundæ?* 66.

XXXVIII. *An in judicio familiæ ercifcundæ condemnatio & absolutio facienda in personis omnibus?* 68.

XXXIX. *Ad quodnam tempus referenda sit rei debitæ æstimatio, si ea creverit, aut decreverit?* 69.

XL. *An si convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia causa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?* 71.

XLI. *An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ post biennium opponere possit, onus probandi in se suscipiens?* 74.

XLII. *An jusjurandum judiciale recusari possit delatum ab actore qui nihil probavit?* 77.

XLIII. *An jusjurandum necessarium sive suppletorium judex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri, aut recusari possit?* 79.

XLIV. *Quando & quibus in causis à judice deferri possit aut debeat jusjurandum necessarium seu suppletorium?* 80.

XLV. *An judex possit ab initio modum statuere jurisjurando in litem: & an ex causa possit id non sequi vel à principio non deferre?* 83.

XLVI. *An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præscriptis verbis, & condictio ob causam dati?* 85.

XLVII. *An etiam ejus, quod errore juris indebitum solutum est, repetitio detur?* 86.

XLVIII. *An mulier ex quavis causa etiam extra judicium efficaciter renuntiet senatusconsulto Vellejano?* 89.

XLIX. *An etiam id quod natura debetur, in compensationem veniat?* 91.

L. *An reus compensationes ex causa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, audiendus sit?* 94.

LI. *An depositarius propter impensas necessarias retinere depositum possit?* 95.

An

LII. *An præter dolum etiam culpam & quam culpam præstet procurator seu mandatarius?* 96.

LIII. *An pactum de inæqualibus lucri & damni partibus inter socios valeat, ubi æqualis est opera & pecuniæ collatio?* 98.

LIV. *An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo sit?* 98.

LV. *An in emptorem hæreditatis transeat jus accrescendi?* 100.

LVI. *An beneficium,* l. 2. C. de resc. vend. *competat venditori non ignoranti valorem rei venditæ?* 102.

LVII. *An locus sit beneficio,* l. 2. C. de resc. vend. *in transactione?* 103.

LIBER II.

CAP. I. *Si conductor casus fortuitos in se susceperit, an id quoque ad casus insolitos pertineat?* 106.

II. *An emphyteuta donatione vel permutatione alienare possit emphyteusin inconsulto domino?* 108.

III. *An dominus fundi emphyteutici post elapsum tempus canonem recipienss videatur renuntiare caducitati?* 110.

IIII. *An is qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat?* 111.

V. *An hypotheca constituta in rebus per beneficium,* l. 2. C. de resc. vend. *avocatis, extinguatur?* 113.

VI. *An juri offerendi debiti luendique pignoris præscribatur longissimo tempore, seu* 30. *aut* 40. *annis?* 115.

VII. *An* ἀντίχρησις *sit species pignoris, & an aliqua sit antichresis tacita?* 117.

VIII. *An & quando evictioni sit locus in hæreditate vel actione vendita, & donatione vel legato?* 119.

IX. *An & quomodo fœnus differat ab usura?* 121.

X. *An & quatenus mora debitoris noceat fidejussori?* 122.

XI. *An solæ quæstiones facti sint objectum probationis?* 124.

XII. *An factum negantis, quatenus negat, ulla sit per rerum naturam probatio?* 126.

XIII. *An quævis filiæ à quibusvis parentibus dotandæ, & ex professo, an pater cogatur dotem dare filiæ locupleti?* 127.

XIIII. *An promissio donatioais causa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamsi traditio secuta non sit?* 130.

XV. *An cum testator probibuit inventarii confectionem, etiam necessitas reddendarum rationum tutori vel curatori remissa intelligatur?* 132.

XVI. *Utrum imperfecta parentum inter liberos dispositio valeat jure testamenti, an verò tantùm, ut voluntas ultima intestati?* 134.

XVII. *An verbis nuncupata parentum dispositio inter liberos ex privilegio valeat?* 137.

XVIII. *An testamentum juxta statuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis solemnitas?* 138.

XIX. *An liberis suis hæredibus præteritis à patre totum testamentum sit ipso jure nullum etiam hodie post Nov.* 115. *cap.* 3. 139.

XX. *Utrum si exhæredatio facta sit sine elogio, testamentum ex Nov.* 115. *nullum sit, an jure adhuc subsistat & ad illud rescindendum querela sit opus?* 142.

XXI. *An jus accrescendi in hæreditatibus cum aliquo effectu à testatore probiberi queat?* 143.

XXII. *Quando conditio substitutionis vulgaris filio suo hæredi à patre factæ extitisse intelligatur, ut substituto fiat locus. Et an jus suitatis per hujusmodi substitutionem tollatur?* 147.

XXIII. *An quemadmodum quod explorati juris est sub expressa substitutione vul-*

ga-

gari facta filio impuberi continetur & pupillaris, ita ex converso sub expressa pupillari etiam contineatur vulgari? 148.

XXIV. *An legatum in alterius arbitrium rectè conferatur?* 151.

XXV. *Rei alienæ legatum quando valeat, & quid juris, si quis legaverit rem, quam cum alio communem habet?* 152.

XXVI. *An unquam error in nomine legatarii reive legatæ aut falsa demonstratio vitiet legatum?* 155.

XXVII. *An hæres ob omissam inventarii confectionem amitat quartam quam vulgo nunc Trebellianicam appellant, & an ex eadem causa amittat legitimam?* 157.

XXVIII. *Filius hæreditatem restituere rogatus, quo jure duplici deductione utatur, & quid hic usu receptum?* 159.

XXIX. *Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in stirpes, an in capita succedant?* 163.

XXX. *An in succesfione fratrum consanguineorum & uterinorum discretio bonorum observanda: & obiter, an observanda in succesfione ascendentium?* 165.

XXXI. *An justa sit causa revocandæ donationis, si donator post factam donationem liberos susceperit?* 167.

XXXII. *An per querelam inofficiosæ donationis revocetur tota donatio?* 169.

XXXIII. *An pro mortis causa donatione haberi debeat, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo modo revocaturum donationem?* 171.

XXXIV. *An dissensio in causis dandi & accipiendi impediat dominii translationem?* 173.

XXXV. *Posfitne dari plena possessionis definitio, quæ species omnes complectatur, & quænam sint istæ species?* 175.

XXXVI. *An in eo quod interest, æstimando etiam lucri ratio habeatur?* 178.

XXXVII. *Num in taxatione ejus quod interest, id omne quod actor consequi potuit nec consecutus est, sine exceptione æstimetur?* 180.

XXXVIII. *An interdictum seu judicium possessorium rectè cumuletur cum petitorio seu rei vindicatione?* 182.

XXXIX. *Exceptio divisionis quando proponenda?* 185.

XL. *An fidejussor ad certum tempus acceptus, eo tempore elapso obligatus maneat, & quomodo?* 187.

XLI. *An prorogatio termini solutionis liberet fidejussorem?* 189.

ARNOLDI

ARNOLDI VINNII, J.C. SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM

LIBER PRIMUS.

CAPUT I.

An sine exceptione, quidquid contra legem fit, sit ipso jure nullum?

QUIDQUID contra legem fit, id pro infecto haberi & ipso jure nullum esse, jubent Impp. in *l. non dubium 5. C. de legib.* Igitur verbi causa, si filiusfam. sine consensu patris uxorem duxerit, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos intelligitur. §. *si adversus* 12. *Inst. de nupt.* Si in testamento faciendo ea, quæ ad juris solemnitatem pertinent, omissa fuerint, deficit jure testamentum, *l.* 1. *ff. de injust. rupt. testam. l. si unus* 12. *C. de test.* Si pater filium, quem in potestate habet, præterierit, id est, neque hæredem instituerit, neque ut oportet, exhæredaverit, testamentum prorsus inutile est, & nullius momenti. *Inst. de exhær. lib. in pr. l. propen. ff. de lib. & posth.* Si tutores aut curatores prædia pupillorum aut adultorum sine decreto alienaverint, cassa est atque ipso jure nulla alienatio, *tit. de præd. min. sin. dec. non alien.* Sed & si quid factum est, non quidem adversus expressam legis prohibitionem, verùm contra mentem ejus & sententiam, etiamsi lex id verbis non expresserit, placet nihilominus actum ipso jure esse invalidum & nullum; *d. l. non dubium, pr. c. de legib. l. hoc modo* 64. §. 1. *ff. de cond. & dem.* ubi & exemplum. Aliud exemplum habemus in *l. si sponf.* §. *circa* 5. *ff. de contr. empt.* nempe si vir volens uxori donare, in fraudem legis venditionem commentus, viliori pretio rem uxori vendiderit. Quippe eo ipso, quod quid fieri lex prohibet, efficit, ut frustra & inutiliter fiat, quod prohibitum est: adeò ut nec opus hìc sit aliqua vel exceptione vel rescissione aut restitutione. Nec ipse actus solùm legi contrarius ipso jure inutilis est, sed etiam quidquid tali actui accesserit, sive pactum, sive pignus, sive stipulatio, sive jusjurandum, *d. l. non dubium, in fin.* nam accessio sequitur conditionem causæ principalis. Cæterum quod de jurejurando ibi dicitur, id jure Canonico ex parte mutatum est, *cap. eum contingat ext. de jurejur. &c. quamvis de pact. in 6.* ubi Pontifices non tantùm ipsum jusjurandum actui quamtumvis inutili accedens servari volunt, sed etiam actum jure inutilem eo confirmari & validum fieri. Utique tamen non derogant in totum dispositioni *d. l. non dubium.* Nam quoties ideo actus vel contractus prohibetur, quia natura turpis & bonis moribus contrarius est, vel propter utilitatem publicam, aut in odium creditorum, vel quia jusjurandum vergit in præjudicium alterius aut servari non potest sine dispendio æternæ salutis, jure antiquo & civili locum relinquunt. Et ergo jure Pontificio juramentum tollit defectum nullitatis & restitutionem in integrum, ut loquuntur Bartolus & Salicetus in *auth. Sacramenta puberum, C. si advers. vendit.* ac probabile omnino est Imper. Fredericum in d. authent. secutum auctoritatem juris Canonici, quæ tunc magna erat: idem juramentis robur ex sua auctoritate addere voluisse, quod à Pontificibus acceperant, ut rectè meo judicio sentiant, qui ampliandæ, *l.* 1. *C. eod. tit.* authenticam illam ab Irnerio subjectam putant: sed hæc non sunt hujus inquisitionis.

Quæritur autem an semper & sine exceptione verum sit, quod diximus, pro infecto & nullo haberi, quod contra legem fit, sive contra quam lege cautum est? Et si quidem lex simpliciter aliquid fieri vetet, nec ullam nominatim adjiciat pœnam, rectè colligimus & statuimus ea, quæ contra legem fiunt, pro infectis haberi, & ipso jure esse nulla: tunc enim hanc esse pœnam legis, & hoc velle legem intelligimus, ut quod factum est, infectum sit, id est, cassum & irritum prorsus; veluti si filius sine consensu patris matrimonium contraxerit, si vir uxori, aut uxor viro aliquid donaverit, si pater filium, quem in potestate habet, præterierit, aut sub conditione, quæ non sit in ejus potestate, hæredem instituerit, si quis in fraudem creditorum manumisserit, si minor natu majorem adoptaverit, &c. Sed & si lex ulterius procedat & pœnam adjiciat, idem adhuc dicendum est, modo pœna adjiciatur annullationi actus, ut loquuntur: nam & tunc nullum est ipso jure, quod factum est; & præterea pœna adjecta annullationi præstanda est: exempla habemus in *l. 4. l. 6. cum auth. seq. C. de incest. nupt. l. un. C. si quacunque præd. pot. l. pen. C. de inter. matr. int. pup. l. cum qui 18. ad leg. Jul. de adult. l. ult. ff. de rit. nupt.* cum simil. quibus locis incestæ & prohibitæ nuptiæ non solùm cassæ & irritæ esse jubentur, verùm etiam qui tales nuptias contrahunt, variis pœnis pro varietate delicti afficiuntur. At enim verò cum lex aliquid fieri vetat, pœnam si contra factum erit, nominatim constituit, non actum annullando, sed ita ut quod factum est, valere aliquo modo & subsistere patiatur, cæterùm remedium suppeditet, quod id postea rescindatur aut aliàs infirmetur, pœnave aliqua facienti irrogetur, quod factum est, ipso jure subsistet, ut lex vult, sed rescindi aut irritum reddi poterit, eritque ea pœna quam lex constituit. Exemplo sint Senatusconsulta Macedonianum & Velleianum: quorum illud vetat filiofam. mutuam pecuniam dari, hoc comprehensum est, ne fœminæ pro ullo intercedant, & tamen si aut filiofam. Mutua pecunia data sit aut fœmina pro alio intercesserit, actus iste non est ipso jure nullus, quoniam neutro Senatusconsulto planè annullatur, sed aut actio contra filiumfam. mulieremve denegatur, si constet contra Senatusconsulta factum esse, aut si de eo ambigatur, contra actionem datur exceptio, *tit. ff. & C. de Senatusc. Maced. & ad Senatusc. Velleia. junct. l. nam postquam 9. pr. ff. de jurejur.* Prætor liberos emancipatos, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet: & tamen si neque hæredes instituti, neque exhæredati fuerint, non ideo testamentum patris jure prætorio nullum est, quia prætor id patitur subsistere, & tantùm remedium suppeditat, quo id rescindatur, data scilicet præteritis bonorum possessione contra tabulas testamenti paterni §. *emancipatos, Inst. de exhær. lib. l. 1. & tot. tit. ff. de bon. poss. contr. tab.* Mulier, quæ intra tempus, quo virum elugere moris est, nubit, contra legem facit, *l. 1. ff. de his qui not. infam.* non ideo tamen matrimonium ipso jure nullum est: imò nec rescinditur, sed infamis fit mulier, & alias quoque pœnas patitur, *l. 1. C. de secund. nupt.* Atque hinc pendet decisio nobilissimæ quæstionis de exhæredatione liberorum facta aut sine justa causa, aut nulla ingratitudinis causa expressa, utrum ob id testamentum patris sit ipso jure nullum ex constitutione Justiniani *Nov. 11. c. 3.* an hoc non obstante testamentum nihilominus ipso jure subsistat, atque ad id rescindendum etiamnum querela inofficiosi sit opus? De quo agemus ex professo *lib. 2. quæst. 21.* Illud obiter hic monendum, non totum actum, in quo quid contra legem aut in fraudem legis factum est, rescindi aut ipso jure nullum esse; nisi & in totum contra legem factum sit, aliàs non nisi quatenus in legem peccatum, verbi gratia, si quis majores, quàm licet, usuras stipulatus fuerit, non idcirco in totum inutilis erit stipulatio, sed dumtaxat quatenus legitimum modum excedit; *l. placuit 29. ff. de usur.* Non in totum irrita est donatio, quæ summam lege definitam excedens actis insinuata non est; sed tantummodo eatenus, quatenus superat definitionem legis; *l. sancimus 24. C. de donat.* Sic emissione cautionis fructuariæ facta à testatore non vitiatur legatum ipsum ususfructus, ut perperam existimavit Hunnius *2. resol. tr. 2. q. 26.* sed remissio pro non scripta habetur: quoniam non in legando usufructu, sed tantum in remittenda cautione contra legem fecit testator, *l. 6. ff. in poss. leg. 1. C. de usufruct.*

CAPUT. II.

Leges interpretari sit-ne solius Principis, an verò & quo casu etiam privatorum?

Sicut solius Principis est leges condere, ita & ejus solius est leges interpretari: quæ sententia multis locis expressa est, *l. 1. l. leges 9. l. ult. C. de legib.* & ab ea initium sumit Novella Justiniani *de mul. rapt. pass. 143.* Quis enim, ut idem Imperator ait *d. l. ultim. C. de legib.*

legib. legum ænigmata solvere & omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legis latorem esse concessum est? Nulline igitur leges interpretandi jus est, solo Principe excepto? Nulli sanè tale, quale Princeps habet, ut scilicet interpretatione sua mentem legis latæ egrediatur, aut prætextu æquitatis á mente legislatoris recedat; quoniam id non est servare legem interpretando, sed mutare, quod nemini licet, nisi Principi. Et hoc est, quod Constantinus rescribit *l. 1. C. eod.* inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis & oportet & licet inspicere, & Valentianus *l. 9. C. eod.* duritiam legum oportere Imperatoria interpretatione emendari. Quibus convenit illud Harmenopuli *l. 1. tit. 2.* §. 33. *ὅταν ἕτερόν τι τὸ νόμιμον βούλεται, ἕτερον δὲ τὸ δικαιὸν, μόνος ὁ βασιλεὺς τὴν περὶ τούτου τέμνει ζήτησιν.* Id est: Cum aliud jus ipsum, aliud æquitas postulat, controversiam hanc solus Princeps dirimit. Ac proinde si ex verbis legis tam aperta sit legislatoris voluntas, ut de ea dubitari non possit, servanda lex est, quamvis dura & aspera videatur: nam credendum est, legislatorem certa ratione ductum, ita constituisse, licet nos rationem, quæ eum moverit, expedire non possumus, *l. non omnium 20. ff. de legib. l. 9. ff. de religios.* Scilicet hoc inter homines lex affert, ut habeamus, quid in judicando sequamur, quamvis fortè, id quod sequimur, altero, quod non sequimur, non sit melius & æquius. In rebus enim & negotiis aliquid certi definiendum est, neque de legibus, quarum certa est sententia, disputari oportet: cum alioqui multa eaque certissima possent subverti, *l. & ideo 21. ff. de legib.* rueretque legum auctoritas, si in rationem earum nimis anxiè inquirere liceret, ut disputat Plato *lib. 1. de legib.* Unde Augustinus *lib. de vera relig. cap. 32.* In istis, inquit, temporalibus legibus, quamquam de his homines judicent, cùm eas instituunt, tamen cùm fuerint institutæ & firmatæ, non licebit Judici de ipsis judicare, sed secundùm ipsas, *cap. 3. dist. 4.* Exemplum habemus in *l. prospexit 12. ff. qui & à quib. man.* Lege Julia de adulteriis coercendis cavetur ne servi adulteræ, & nominatim ne ii quidem, qui extra ministerium ejus fuerunt, vel in agro vel in provincia, manumittantur, & sic quæstioni subducantur. Hoc licet nobis, quos sæpe ratio legis latet, *l. non omnium 20. ff. de legib.* durum videatur, tamen cum id benigna interpretatione emendari nequeat salva voluntate legislatoris, juxta *l. benignus 18. ff. eod. tit.* neque in iis, quæ lex disponit, debeat Judex ipsa lege esse clementior, *Novell. 82. c. 10.* Princeps hic consulendus erit, & nobis cum Ulpiano respondendum: hoc perquamdurum est, sed lex ita scripta est, neque enim ubi aperta sunt, atque inter se conveniunt verba legis & sententia, voluntatis quæstio admittenda est, sed legi patendum, & voluntas condentis nobis pro lege esse debet, *dd. ll.* Nepos post mortem avi conceptus neque jure civili ad legitimam avi hæreditatem vocatur, ut suus hæres; neque jure prætorio ad bonorum possessionem tanquam cognatus, *l. 6. cum 2. seqq. ff. de suis & legit. l. 6. pr. ff. de injust. rupt. test. l. 1. §. 8. ff. unde cog. §. & licet 8. Inst. de hær. quæ ab int.* Fatendum quidem est durum esse & alienum ab æquitate, hunc nepotem excludi à successione avi, à quo utique non minus descendit, & cujus sanguis non minus est, quàm qui vivo eo nati aut concepti sunt: sed tamen judicis partes hic quiescere debent: quippe cui quidem licet à verbis legis recedere, sed ita, ut ab ejus voluntate semper stet, *d. l. 18. de legib.* & secundùm eam sententiam ferat, *Inst. de offic. jud. in pr.* Quinimo nulla est ipso jure & ἄκυρος sententia, quæ expressim contra juris rigorem lata est, *l. si expressim 19. ff. de appel.* An autem ut quidam putant à Justiniano hujus juris sive subtilitas sive asperitas sublata sit, *Nov. 118. c. 1.* ad voluntatis quæstionem pertinet, de quo postea. Si quis in rem alienam impensas fecerit, earum servandarum causa unum tantùm remedium jure nostro civili proditum est, scilicet retentio rei opposita doli mali exceptione, si res à Domino vindicetur, *l. sin autem 27. §. ult. l. sumptus 48. ff. de rei vind. l. si quis 11. l. si in area 16. eod.* Quod si omissa hac exceptione possessor rem restituerit, constanter traditum est, nullam ei impensarum nomine actionem competere, *l. si in area 33. ff. de cond. indeb. l. Paulus 14. ff. de except. doli mali, l. 14. §. 1. ff. comm. div.* Hoc autem licet durinsculum videatur in persona bonæ fidei possessoris, non ideo tamen licebit Judici contra manifestam juris sententiam aliud remedium excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, atque ita æquitatis specie vim auctoritatemque legum eludere. Principis igitur hæc partes erunt, non Judicis; quamquam nonnulli existimant, non esse alienum à ratione juris nostri, ut non possidenti pro consequendis impensis detur actio utilis negotiorum gestorum, sed argumentis parum validis, quæ nunc non excutio. Atque hæc una ferè fuit omnium edictorum causa & totius juris prætorii occasio, quod scilicet ejusmodi inter-

terpretatio aut potiùs juris civilis correctio à Judicibus fieri non poterat: Quam enim multa contra manifestam rationem juris civilis à prætore introducta sunt, in quibus antea nihil sibi sumere quisquam privatus vel Judex vel Jurisconsultus potuit? Sed & in quæstione voluntatis interdum Principis desideratur interpretatio, si videlicet verba legis adeò sint obscura & perplexa, ut dubitetur, num factum, de quo agitur, legis mente comprehendatur, seu an lex ad hypothesim pertineat, necne? Nam & hic adeundus Princeps, qui legem interpretetur, mentem legis omnibus aperiat, aut nova lege, si opus est, voluntatem suam declaret, *l. 9. & l. ult. C. de leg. l. & ideo 11. ff. l. 1. eod. eodem l. 1. in fin. cum l. seq. in fin. l. seq. ff. de reb. cor. qui sub tut.*

Sumamus exemplum, ut quod obiter modo attigi, nunc explicem, ex *Nov.* 118. *c.* 1. ubi Justinianus descendentes seu liberos omnes ante omnes alios vocat ad successionem parentum intestato mortuorum sine ulla gradus prærogativa, id est, sive primi sint, sive inferiorum graduum. Ex hoc autem quidam colligunt jus vetus, quo nepos post mortem avi conceptus à successione ejus tam honoraria, quàm legitima excludiiur, à Justiniano illic sublatum esse. Sed ista collectio valde infirma est: Nam & veteri jure in suis hæredibus non servabatur gradus prærogativa, *§. cum filius 6. instit. de hær. quæ ab int.* & nepotes ex filio emancipato nati ex edicto jungebantur patri suo, *l. 1. §. si quis, ff. unde lib. & tot. tit. de conjung. cum emanc. lib.* Ponendi enim ut olim ita & nunc termini habiles. Itaque cum in Novella ista Justiniani, tollentis tantùm discrimina sexûs & potestatis, nihil inveniatur, quod ad hujus articuli emendationem trahi possit, quod mutatum non est, adhuc vigere debet. At rursus ex diverso illud quoque fatendum est proposito Justiniani, omnia in hac successione ad simplicitatem naturæ revocare volentis, admodum consentaneum esse, quod etiam in hoc casu jus vetus emendare voluerit. Sed quia id non fecit, & ex hujusmodi conjecturis correctio juris induci non debet, in hac perplexitate, si fortè talis casus inciderit, eum non à Judice, sed à Principe decidi oportebit, ne juris auctoritas ponatur in potestate judicantis, contra *l. ord. 15. in fin. pr. ff. ad municip.* & ita Diod. Tulden. *in comment. ad Cod. de suis & leg. hær. c. 4. arg. l. 2. ff. de reb. cor. qui sub. tut.*

Quod si verba legis non sint usque adeò clara, ut excludant omnem interpretationem ex bono & æquo: neque usque adeò obscura, quin mens legislatoris ex antecedentibus aut consequentibus elici possit, hic dabitur locus interpretationi etiam privatorum, sive Jurisconsultorum aut Judicum, qui verba legis ad sententiam interpretando accommodent, *l. 12. & seq. ff. de legib.* atque huc respicit extrema clausula *l. ult. C. eod. tit.* Duplex autem est ejusmodi interpretatio, quarum altera extensiva vulgò nuncupatur, altera restrictiva. Extensivæ usus est cum sententia legis latior est legis verbis, id est, cum lex minus scripsit, plus voluit: restrictivæ, cum sententia est angustior, id est, cum lex plus scripsit, minus voluit: illa utimur cum verba legis ex sententia extendimus & ad similia producimus: hac, cum verba ex mente legis restringimus. Exempla extensivæ interpretationis peti possunt ex *l. illud 32. ff. ad leg. Aquil. l. 4. ff. de fund. dot. l. 7. §. 2. ff. de jurisd. l. oratio 16. ff. de sponſ.* cum similibus, planè in jure singulari extensivæ interpretationi locus non est, cujusmodi sunt jura minorum, miserabilium personarum, militum, studiosorum, fisci, Ecclesiarum, aliaque privilegia personis, aut causis tributa. Nam quod contra rationem juris communis propter utilitatem aliquam certis in personis aut causis receptum aut constitutum est, id vetamur producere ad consequentias, neque in eo possumus sequi regulam juris, *l. quod vero 14. & seq. ff. de legib. l. 1. §. 2. ff. de const. princ.* Restrictivæ interpretationis exempla suppeditant, *l. quod dictum 31. ff. de pact. l. 2. §. 3. ff. ad senat. Vell. l. 6. C. de legib. l. 6. §. 2. ff. de jur. patron. l. illud 40. pr. ff. de hæred. petit. l. 11. ff. de in jus voc.* &c. sic quod generaliter cautum est *Nov.* 115. *c.* 3. Judex interpretatione sua restringere potest & debet ex *l. sicut 9. & l. seq. C. de test. milit.* quæ licet sint anteriores ut videri possint per *dict. Nov.* 115. utpote posteriorem, sublatæ *arg. l. ult. ff. de constit. princ.* tamen quia sunt speciales, Novella ista potius ex his explicanda, limitanda & restringenda est, juxta regulam juris, *l. in toto 80. ff. de reg. jur. fac. l. non est novum 20. cum seqq. ff. de legib.*

Debent autem tam Judices quam Jurisconsulti in interpretatione sibi permissa sequi non rigorem juris civilis, non jus summum, quod summa sæpe injuria est, sed quod benignius, quod æquius est & melius, exemplo Servi Sulpitii, qui hoc encomio laudatur à Cicerone *Philip. 9.* quod non magis juris consultus, quam justitiæ fuit, propterea quod ea, quæ proficiscebantur à legibus & jure civili, semper ad æquitatem facilitatemque referebat, & Caii illius

illius Aquilii, quem juris civilis rationem nunquam ab æquitate sejunxisse memorat idem Cicero in *orat. pro Cæcin.* eoque pertinent *l. placuit, C. de judic. l. benignius* 18. *ff. hoc t. l. in omnibus* 90. *ff. de reg. jur.* Idem, præclaræ illæ Celsi sententiæ dicentis, scire leges non hoc esse verba earum tenere, sed vim ac potestatem, *l. scire* 17. *ff. de leg.* jus esse artem æqui & boni, *l.* 1. *pr. ff. de just. & jur.* Ex his credo jam dignosci poterit, quæ sint in legibus exponendis principium, quæ judicum partes.

CAPUT III.

Utrum dare Bonorum possessionem jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio, jurisdictioni adscribenda?

Duplicis in argumento de Jurisdictione fit imperii mentio, meri & non meri sive mixti. Merum imperium definitore Ulpiano, est potestas gladii ad animadvertendum in facinorosos *l.* 3. *ff. de jurisd.* cui descriptioni si addideris, *vel cujusvis alterius gravioris coercitionis*, ex *l.* 6. *pr. ff. de offic. proc. l. nemo potest* 90. *de reg. jur.* plena erit & perfecta definitio. Quippe nihil aliud est merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, sive capite plectendi sint, sive tollendi è numero civium servitute pœnæ, deportatione, sive relegandi fustigandive. Hoc imperium dicitur merum, quia purum & per se solum est, alterius rei mixturam non habens, sicut dicimus merum jus gentium, quod non est mixtum cum præceptis civilibus, *l. bona fides* 31. *ff. de pos.* meram donationem, id est, puram & simplicem, *l. Aquilius* 27. *ff. de don.* merum vinum, quod aqua non est dilutum, & similia. Est autem hoc nomen huic imperio inditum quia est & aliud imperii genus, quod nostri non merum aut mixtum vocant, propterea quod jurisdictioni cohæret, subservit, inest, consistens in modica coërcitione; id est, executione decretorum & pronuntiatorum in causis civilibus: cum merum illud à jurisdictione sit separatum, & circa criminum animadversionem versetur, *l.* 1. *in fin. l. ult.* §. 1. *ff. de of. ejus, &c. l.* 3. *ff. de jurisd.* Igitur mixtum Imperium est potestas cohærens jurisdictioni comparata ad eam tuendam atque explicandam. Cur mixtum vocetur, ex iis, quæ modo dicta sunt intelligi potest, nimirum quia conjunctum & unitum est cum jurisdictione, ejusque inseparabile adjunctum: siquidem hæc duo, jurisdictio & mixtum imperium, ratione personæ, cui competunt, indissolubili vinculo inter se copulata & nexa sunt, ita ut alterum ab altero divelli non possit: nam sicut magistratus esse non potest sine jurisdictione, ita nec sine imperio aliquo, quo jurisdictionem suam tueatur, ratumque efficiat, quod statuit aut decrevit *d. l. ult.* §. 1. Cæterum etsi imperium hoc ita, ut diximus, conjunctum atque unitum est cum jurisdictione, ut ab ea sejungi non possit, nihilominus tamen ut nominibus distincta sunt, ita & reipsa sunt diversa, actusque jurisdictionis, & imperii distincti, ut neque quod jurisdictionis est, imperio; neque quod imperii, jurisdictioni attribui debeat. Diversa hæc esse patet cum ex eo, quod mandata jurisdictione etiam hoc imperium simul transire dicitur, tanquam consequens jurisdictionis eique perpetuò cohærens, *d. l.* 1. *in fin. & d. l. ult.* §. 1. *de offic. ejus, &c.* tum quod definitur modica coërcitio, qua magistratus jurisdictionem suam tuetur, & quæ decrevit, exequitur *d. l. ult.* §. 1. Jam verò quod simul cum jurisdictione transit, quod jurisdictionis tuendæ gratia comparatum est, id utique non est idem cum jurisdictione, sed aliquid ab ea diversum. Actuum quoque diversitas conspicua est, & facile dignosci potest. Nam causam cognoscere, sententiam dicere, decernere, statuere, jurisdictionis sunt, non imperii: sententiam, decreta, statuta, jussa exequi manu militari, captis pignoribus, aut multa exacta, imperii, non jurisdictionis. Et utique cum imperium, quod omnes fatentur, consistat in executione; necesse est, ut actus aliquis jurisdictionis præcedat, quem sequatur actus imperii, si ei, quod vi jurisdictionis statutum aut decretum est, non pareatur. Ac proinde qui decreta & jussa magistratuum imperii esse statuunt, veluti jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere apertè sibi contradicunt, dum ajunt, imperium esse coërcitionem cohærentem jurisdictioni, ut nervos habeat, illudque positum esse in executione; ut *Coras.* 3. *misc.* 17. *Duar. de jurisd. cap.* 7. *Donel.* 17. *com.* 6. *Vaud.* 2. *quæst.* 35. *Facbin.* 2. *cont.* 95. *Scipio Gentil.* 1. *de jurisd. cap.* 3.

Accedamus jam ad disquisitionem problematis nostri, & videamus, utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio adscribenda sint, an jurisdictioni? Imperio attribui non possunt. Nam ut de bonorum possessione primum dicam, nullus in ea danda præcedit actus jurisdictionis, quem prætor eam dando defendat, neminem coërcet, neminem mulctat. Quod si dicat aliquis, præ-

præcedere saltem cognitionem aliquam, is cogitet, nullam esse sententiam, quam non præcedat causæ cognitio. Quis autem in numero eorum, quæ mixti imperii sunt, posit unquam sententiam dicere, eum unde petitur, absolvere aut condemnare? Jus dicendæ sententiæ etiam pedanei judices habent, quorum tamen nec propriè jurisdictio est, sed nuda dumtaxat notio, id est, cognoscendi & judicandi facultas sine exequendi potestate, *l. 5. l. à div. 15. ff. de re jud.* Relinquitur ergo ut dicamus bonorum possessionem dare, actum esse jurisdictionis, non mixti imperii. Atque hoc ipsum ex eo quoque manifestè evincitur, quod jus omne, quod in danda bonorum possessione consistit, introductum est juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teste Justiniano in *pr. Inst. de bon. poss.* correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo propriè dicto, sed à jurisdictione Prætoris veniunt: unde scilicet omnia edicta proficiscuntur; quod & nominatim de bonorum possessionibus testatur idem Imperator in *pr. §. 2. Inst. d. tit.* Quapropter sic omnino habendum est, cum prætor alicui bonorum possessionem dat, aut si opus est, causa cognita pro tribunali decernit, *l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss.* hunc actum non esse mixti imperii, sed intra terminos consistere jurisdictionis. At enim vero si ex solo decreto bonorum possessio obtineri nequeat, hic jam Prætor utetur imperio, vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coërcebit obtinentes. *Fac. l. 3. in pr. ff. ne vis fiat ei, qui in poss.*

Sed huic sententiæ objicitur locus Ulpiani in *l. 3. ff. de jurisd.* ubi disertè Jurisconsultus ait mixti imperii esse dare bonorum possessionem, sic enim hic locus vulgo, atque in ipso quoque codice pisano legitur: *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistat. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Non auderem asserere locum istum corruptum esse, nisi me moveret summorum virorum auctoritas & præcipuè manifesti juris ratio. Quid igitur? non dubito, quin lectio istius loci sit vitiosa, & vel cum Antonio Goveano ad hanc leg. *n. 34.* legendum: *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest. Quod in danda bonorum possessione consistit, jurisdictio est. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Nullum enim in veteribus libris frequentius mendum est, quam iterati verbi omissio. Vel cum Ant. Fabio *libr. 4. conject. 4.* pro *quod* substituendum *quæ*, hoc modo, *cui etiam jurisdictio inest, quæ in danda bonorum possessione consistit.* Nam ex utriusque syllabæ similitudine facile error nasci potuit, & quod caput est, verba sequentia, *jurisdictio est etiam*, &c. evidenter ostendunt, prius à jure consulto prolatum esse exemplum jurisdictionis. Hotomannus *lib. 7. obs. 16.* etiam pro his verbis, cui jurisdictio inest, mavult legi, quod jurisdictioni inest, non equidem absque ratione: nam propriè jurisdictio non inest, non accedit, subservit imperio, sed hoc illi *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. de offic. ejus*, cæterum non semper & ubique æque accurate ipsi veteres loquuntur.

Sed quid jubere cavere prætoria stipulatione & in possessionem mittere? Ne hæc quidem mixto imperio adscribi posse superioribus consequens est. Etenim cum prætor cavere jubet, verbi causa, damni infecti nomine, & si non caveatur, decernit missionem in possessionem rei, de qua damnum timetur, id vi jurisdictionis suæ facit, non imperii, haud secus ac si judex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam restitui aut exhiberi, & si jussui ejus non pareatur, contumacem contemnet quanti adversarius in litem juraverit. Quid quod aperte apud Pomponium scriptum est, stipulationes prætorias omnes & ædilitas à jurisdictione venire, *l. 5. pr. ff. de verb. oblig.* Enim vero si ex decreto missus non admittatur, si vis ei fiat, hic jam succedunt partes imperii, quod mixtum appellatur, cujus vi decretum suum prætor manu ministrorum exequitur, *l. 3. ff. ne vis fiat ei, qui in poss.*

Movere neminem debet, quod apud Ulpianum *l. 4. ff. de jurisd.* & Paulum *l. ea quæ 26. ff. ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, imperii magis esse quam jurisdictionis. Nam verbo imperii istis locis non significatur imperium mixtum, de quo hic agimus, alioqui dicere debuissent Jurisconsulti, ista non esse jurisdictionis, sed imperii mixti: cum verò dicant ista magis esse imperii, quam jurisdictionis, utique fatentur esse jurisdictionis, sed hoc significant esse hæc jurisdictionis cujusdam eminentioris, atque ut Goveanus loquitur, magis imperiosæ, quam juridicæ: in qua *scilicet* majorum magistratuum; hoc *est eorum* qui tribunali præsunt, potestas resplendeat: minores enim magistratus, quales erant magistratus omnes municipales, ea quæ excellentiores hujus jurisdictionis sunt exercere non posse, *d. l. 26. pr. ad municip.* unde alibi eodem intuitu hi magistratus dicuntur esse sine imperio, *l. nec magistratus 32. in fin. ff. de injur.* cum tamen mixtum imperium conjunc-

tum

tum cum jurisdictione sua habeant, *arg. l. ult. §. de off. ejus, l. 2. ff. de jurisd.* & ut qui jurisdictionem suam captis pignoribus tueri possunt, *l. quemadmodum 29. §. pen. ff. ad l. Aquil. l. 3. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub. tut.* numeratur inter ea, quæ imperii magis, quam jurisdictionis sunt; & quæ, ob id magistratus inferiores facere non possunt, etiam restitutio in integrum, *d. l. 26. §. 1. ff. ad municip.* At nec in integrum restituere mixti imperii actus est: sed species splendidioris illius, quam dixi, jurisdictionis, quæ enim hic coërcitio, aut quis dixerit, restitutionem in integrum cohærere, inesse, servire jurisdictioni, ejusque explicandæ causa comparatam esse? Ejusdem generis est & cognitio de suspectis tutoribus, *l. 5. §. suspecti 11. ad senat. Turpil.* ubi Jurisconsultus ait, suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantùm examinari posse, nullumque alium quam præsidem, de hujusmodi quæstione posse pronuntiare. An quia hoc mixti est imperii? minimè: nam & magistratus municipales mixtum imperium habent, ut paulo ante ostensum: sed quia est excelsæ cujusdam & nobilissimæ jurisdictionis, quam soli habent magistratus majores, & quam imperii nomine passim veteres designant, *l. 8. & l. ult. ff. de offic. proc. l. 3. ff. de offic. ejus, &c. l. 2. ff. de adopt. l. 12. §. 1. ff. de jud. l. juris gentium 7. §. si paciscar 14. ff. de pact. l. quod jussit 14. ff. de re jud.* quibus omnibus locis nomen imperii eminenti huic jurisdictioni tribuitur, eoque nomine significatur excellens quædam potestas majorum magistratuum, sed talis tamen quæ posita sit in jure dicundo, & intra terminos jurisdictionis consistat.

Quidam cum hinc se expedire alia ratione non possent, duo genera mixti imperii commenti sunt, unum quod subserviat & cohæreat jurisdictioni, comparatum jurisdictionis contentiosæ defendendæ & exequendæ gratia: alterum, cui insit, & tanquam principali accedat atque ancilletur jurisdictio: hujus generis esse putant ea, quæ magis imperii quam jurisdictionis esse dicuntur: ideo nempe, quia ut ajunt, sicut in priore specie jurisdictio, ita in posteriore magis eminet imperium: ita *Baro in l. ult. ff. de offic. ejus. Muscorn. de jurisd. n. 143. Bocer. c. 4. n. 18. Obrecht. cap. 12. n. 25. Osvv. Hillig. ad Don. lib. 17. comm. 8.* Sed toto eos errare judicio, ea quæ supra diximus, manifestè ostendunt. Nullum enim est imperium mixtum, ac ne excogitari quidem cum aliquo colore potest, quod per se subsistat, cui accedat & famuletur jurisdictio; sed omne accedit & servit jurisdictioni, cum omne positum sit in aliqua coërcitione, comparata ad jurisdictionem tuendam atque expediendam. Ita post Longovallium *Goveanus & Ant. Faber. ubi sup. & ad d. l. 1. in rational. Bachov. ad tit. ff. de jurisd. c. de mixti imp.* atque hæc quoque sententia, ut est simplicissima, ita & verissima nobis videtur, & dudum visa est, *tract. de jurisd. cap. 7.*

CAPUT IV.

An prorogatio jurisdictionis de loco ad locum & tempore ad tempus ex ratione juris nostri defendi queat?

Certi atque explorati juris est, non solum eum, qui jurisdictionem habet, eam posse mandare alteri, dummodo etiam habeat suo jure, non alieno beneficio, *l. 3. ff. de jurisd.* id est, modo propriam habeat, non mandatam ab alio verum etiam jurisdictionem, quam quis vel proprio jure, vel mandatam habet, consensu partium posse ei ipsi prorogari: ut jam vi hujus prorogationis jus dicere possit inter eos, qui jure publico jurisdictioni ejus non sunt subjecti, aut de summa ordinaria ejus cognitione majore. Et hoc est, quod Ulpianus ait, *l. 1. ff. de judic. Si se subjiciant aliqui jurisd. & consentiant, in consentientes cujusvis Judicii, qui tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio:* & hic fac. *l. est receptum 14. l. si convenerit 18. ff. de jurisd. l. 2. pr. & §. 1. l. de qua re 74. §. 1. ff. de judic.* Doctores nostri fere quadruplicem faciunt jurisdictionis prorogandæ modum; de persona ad personam; de re ad rem, seu quantitate ad quantitatem, de loco ad locum, de tempore ad tempus. Ex quibus modis duo priores certo jure nituntur, *l. est receptum 14. & l. seq. l. si convenerit 18. ff. de jurisd. l. 1. l. 2. ff. de judic. l. 1. l. 3. C. de jurisd. l. de qua re 74. §. 1. ff. de judic. l. inter convenientes 28. ff. ad municipal.* sed de tertio & quarto prorogandi jurisdictionem modo, scilicet de loco ad locum, & de tempore ad tempus, non sine causa quidam dubitant an jure nostro recepti sunt. Quod attinet ad alium, de loco ad locum, quæstio in eo posita, an ita de loco ad locum jurisdictio prorogari possit, ut virtute hujus prorogationis etiam extra territorium juris dicundi potestas acquiratur ei, cujus jurisdictio sic prorogata est, verbi causa; an Judex Mutinensis, quo exemplo vulgo utuntur, vi prorogatæ sibi jurisdictionis eam Bononiæ exercere queat? Affirmat quidem id Zas. in *l. pen. ff. de just. & jur.*

jur. n. 23. *& DD. comm. in l. ult. ff. de jurisd.* qui & porro quærunt, an hic præcisè requiratur expressus consensus partium, & an etiam necessarius sit consensus judicis illius loci, seu expressus, seu saltem tacitus? Sed si evincimus talem de loco ad locum jurisdictionis prorogationem veteribus incognitam, & rationi juris nostri minime consentaneam esse, omnis de ea re disputatio supervacua futura est. Alienam esse à ratione juris Romani primus ostendere tentavit Bartolus in *l. 2. ff. de judic. in pr. n.* 7. Idem post eum fecit & Baldus in *d. l. 2. n.* 7. & post hunc Salic. *in l. 1. C. de jurisd. n.* 5. Nos etiam invictis argumentis id verum esse luculenter demonstrabimus.

Primum illud extra omnem controversiam positum est, magistratus omnes in suo dumtaxat territorio juris dicundi potestatem habere, extra locum territorii sui privatos esse, eorumque jure censeri, *l. 3. ff. de off. præf. l. ult. ff. de jurisd.* At privato seu ei, qui nulli judicio præest, tribui jurisdictio consensu litigantium non potest, *l. 1. ff. de judic. l. 3. C. de jurisd.* Alexander in *d. l. ult.* subtilem agit, dum ait judicem habere jurisdictionem in habitu, eamque circumferre, ubicumque locorum sit. Mihi verò valde insubtilis & inepta videtur illa Alexandri jurisdictionis cum habitu comparatio: cum habitus sit qualitas & vis animi longo usu & crebris actionibus parta è subjecto ægrè mobilis; jurisdictio autem jus quoddam & potestas in subjectos cives publicè tributa certos terminos ac limites suos habens, tum ratione durationis, tum ratione loci. Itaque jurisdictio est objectum seu materia, circa quam magistratus versatur, & occupatur, sed in suo dumtaxat territorio: magistratus adjunctum occupatum jurisdictionis, sed ita limitatæ, sicut Imperator est, adjunctum occupatum totius imperii, quatenus scilicet circa imperii administrationem versatur. Atqui, inquies, certum est posse magistratum etiam extra territorium suum exercere actus jurisdictionis voluntariæ; possunt enim & manumissiones & adoptiones & emancipationes fieri apud proconsulem & præsidem statim atque urbem ingressi sunt, antequam ingressi sint provinciam suam, *l. 2. ff. de off. proc. l. apud* 17. *ff. de manum. vind.* Respondemus ex eo, quod actus voluntariæ jurisdictionis extra territorium jus dicentis expediri possunt, male inferri, posse in volentes & consentientes quoque extra fines suos extendi jurisdictionem contentiosam. Non enim ex voluntate aut prorogatione privatorum est, quod jurisdictio voluntaria ubique exerceri potest, sed ex natura ipsius jurisdictionis: quippe quæ exercetur in volentes & consentientes, nec aliter exerceri potest, quod si extra provinciam jus dicentis id fiat, τυχηρὸν τι & fortuitum est. Ut ecce, si quis forte filium adoptaverit apud proconsulem nondum ingressum provinciam suam, is non potest dici prorogasse jurisdictionem proconsulis, non magis quam si apud provinciam jam ingressum adoptasset. Contentiosæ autem jurisdictionis eadem manet natura, nec ex prorogatione, induit naturam voluntariæ. Sed nec omnia, quæ ad voluntariam jurisdictionem pertinent, extra territorium explicari possunt: imo nulla ex iis, quæ causæ cognitionem & decretum magistratus desiderant, qualia sunt transactio de alimentis testamento relictis, prædiorum minoris alienatio, adrogatio impuberis, &c. *l. 8. §. ult. igitur* 8. *ff. de trans. l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. §. 3. Inst. de adop. cum simil.* His accedit & illud, quod ubi semel ex consensu partium jurisdictio prorogata est, ea etiam in invitos exerceatur: quod tamen in alieno territorio fieri non posse apud omnes in confesso est. Quod ea vis esset jurisdictionis prorogatæ, ad eam ex prorogatione in alieno exercendam non opus esset consensu judicis territorii; utpote qui nec alteri jurisdictionem tribuere, nec eam sibi adimere potest. Non obstat *c. statutum, §. in nullo, de rescript. in 6.* nam illic sermo est de delegato Pontificis, quem tanquam delegatum Principis, constat ubique jus dicere posse, etiam extra civitatem seu diœcesin, in quibus deputatus est, modo expressus partium ad id accedat consensus quod etiam eodem loco à Bonifacio Octavo disertè requiritur.

Quinimò nec illud absolutè admittendum videtur, posse jurisdictionem judicis ita prorogari, ut quolibet in loco sui ipsius territorii jus dicat. Etenim quæ causæ cognitionem desiderant & decretum magistratus, ea pro tribunali tractanda sunt, atque eo in loco ubi salva publica majestate, servatoque more majorum jus reddi potest & solet, *l. pen. ff. de just. & jur. l. 4. C. de dilat.* quæ res cum ad publicum decus spectet, pactis privatorum mutari non potest, *l. neque ex prætorio* 27. *ff. de reg. jur.* neque efficere, ut quod alibi judicatum aut decretum est, auctoritatem judicati habeat, *arg. l. 4. C. quomod. & quand. jud.* quo etiam pertinet, quod apud Ulpianum legimus, quæcumque causæ cognitionem desiderant, ea per libellum sive de plano expediri non posse, *l. nec quicquam* 9. *ff.* 1. *ff. de offic. proconf.* Atque hoc ipsum etiam à Mario Sa-

lomonio contra Guiliel. Coman. Bart. & Bal. dum pridem observatum est in *l. pen. ff. de jud. & jur.* Aresto quoque Curiæ Parisiensis, *anni 1539. 2. Septemb.* continetur ut & expensarum taxationes in auditorio & loco, ubi more majorum jus reddi solet, fiant, teste Costal. *ad d. l. pen.* Quod autem prætor non constringitur uno in loco jus reddere, sed ipsi permittitur pro arbitrio suo locum constituere, ubi jus dicat *d. l. pen.* id non habet hanc sententiam; posse prætorem ubi vis etiam domi suæ aut in itinere quacumque de causa jus dicere, sed posse prætorem unum ex pluribus tribunalibus (nam in basilicis, ubi jus reddebatur, multa erant tribunalia) unum juris dicendi gratia eligere, id quod his verbis, ubicumque prætor salva majestate imperii sui, salvoque more majorum jus dicere constituit, jurisconsultum significare omnino credibile est. Plane quæ circa causæ cognitionem expediuntur, item præparatoria judicii; interrogationes, &c. possunt quidem illa alio quoque loco à magistratu aut judice tractari, & vel domi sella posita vel in itinere, *l. 4. §. 1. ff. de interrog. in jur. fac.* sed possunt etiam circa partium consensum, nimirum ubi prætori visum fuerit. Quapropter, ut tandem concludamus, dicendum est, nullam ex ratione juris nostri esse de loco ad locum jurisdictionis prorogationem.

Videamus nunc an illa de tempore ad tempus prorogandæ jurisdictionis species, quæ ex quatuor illis, quas vulgo Doctores ponunt, postrema est, juris nostri conditoribus cognita sit. Et quidem, qui jurisdictionem de loco ad locum rectè prorogari statuunt, argumentum sumunt ab hoc tempore ad tempus prorogandi modo, quasi extra omnem controversiam positum sit, posse jurisdictionem de tempore ad tempus prorogari *per l. 2. §. 2. ff. de judic.* Ego vero nec hanc speciem veteribus cognitam aut usurpatam intrepide assero, eosque, qui contra sentiunt, frustra sententiæ suæ firmamentum quærere in *d. l. 2. §. 2. ff. de judic.* Nam textus ille ad nullam omnino jurisdictionis prorogandæ formam pertinet, sed tantùm loquitur ibi Ulpianus de prorogando tempore, intra quod Judex datus, qui nudam dumtaxat notionem, non jurisdictionem habet, *l. 3. ff. de re judic.* jussus est litem aliquam sibi commissam dirimere. Hoc tempus cum solo partium favore intelligatur adjectum, etiam earumdem expresso consensu prorogari posse rationis est, utique si & ipse judex ad tempus à Prætore datus consentiat: utrumque enim in hac prorogatione temporis exigitur, *d. l. 2. §. 2.* ne videlicet Judex sine consensu suo à privatis gravetur onere judicandi. In prorogatione autem jurisdictionis non aliorum consensus, quem ipsorum litigatorum desideratur, ac ne ejus quidem, cujus prorogatur jurisdictio nec denique Judicis ordinarii & competentis, utpote cui nihil adimitur, *d. l. 2. §. 1. ff. de judic. Vult. 17. l. 1. c. de jurisd. n. 65.* Illud autem longè dissimile est, quod Julianus scribit, *l. de qua re 74. §. 1. ff. de re judic.* judicem, qui usque ad certam summam judicare jussus est, etiam de re majori judicare posse, si inter litigatores conveniat; hoc enim neque ad prorogationem de loco ad locum, neque ad prorogationem de tempore ad tempus, quæ interpretum commenta sunt, pertinet, sed ad secundam prorogandæ jurisdictionis formam, de re scilicet ad rem, quæ non minus, quam prima illa & notissima, de persona ad personam, certo jure recepta est, ut supra demonstravimus. Neque Juliano illic sermo est de simplici aut pedaneo judice, ut in *d. l. 1. §. 2. & passim, ff. de judic.* cui scilicet una aliqua causa committi solebat, præscripta formula & reservata danti potestate exequendi, *l. à Divo 15. ff de re judic.* sed de Judice publicè constituto non ad unam aliquam litem, sed generaliter ad omnes causas, quæ quandoque incidere possunt, terminandas usque ad certam summam, ac proinde de eo, qui jurisdictionem habeat & magistratus sit: fac. *l. inter convenientes 28. ff. ad municipal.* Illud probandum erat, posse magistratus annui jurisdictionem consensu litigantium ita prorogari, ut etiam finito magistratu & adhuc post annum inter consentientes jus dicere possit, quod numquam ostendent. Imo verò etsi ostenderent, nondum tamen hoc evincerent, posse ob id etiam de loco ad locum jurisdictionem prorogari. Licet enim interdum tempus & locus comparentur, *l. vinum 22. ff. de reb. cred. l. si soluturus 39. ff. de solut.* neminem tamen credo tam esse infantem in arte differendi, ut ex eo effici putet, quodcumque in uno statutum est, id continuo ad aliud quoque transferendum esse, cum sint plane diversa, & prorogatio temporis privatam litigantium utilitatem respiciat, loci publicum decus. Nec igitur prorogationis de tempore ad tempus ullus apud veteres usus fuisse videtur extra speciem *d. l. 2. §. 2. ff. de jud.* ubi non jurisdictio annui magistratus, sed nuda notio judicis ad tempus dati consensu partium & ipsius quoque judicis prorogata proponitur: *add. Ant. Fab. ad d. l. 2. §. 2. in rational.* quo etiam loco non sine

sine ratione clausulam illam *d.* §. 2. *nisi specialiter principali jussione prorogatio fuerit inhibita*, Triboniano adscribit. Quis enim alius ita loqueretur, *jussione prorogationem inhiberi*, aut *inhibitione juberi*? Adde, quod insolens est ad tempus à Principe Judicem dari, aut ad tempus à magistratu dati notionis inhibere prorogationem. Sed hæc ἐν παρέδῳ.

CAPUT. V.

In Jus vocatio an sit pars judicii propriè dicti?

PRocessus judiciarii quatuor sunt partes, quarum ordinem & progressum natura ipsa ostendit, in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta sententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, secerni potest; nec semper necessaria est, sed tunc solummodo, quando condemnatus sententiæ judicis ultro non paret. Prima igitur ordinis judiciarii pars est in jus vocatio: nam ab hac parte edicti omnium actionum instituendarum initium proficiscitur, §. *ult. Inst. de pœn. tem. litig.* hoc est, qui cum aliquo judicio contendere instituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, id est, ad eum vocare qui jus dicturus sit, juris experiundi gratia, *dict.* §. *ult. junct. l.* 1. *ff. de in jus voc.* eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrum cedere malit, an judicio contendere, & si contendendum putet, ut veniat instructus, *l.* 1. *ff. de edend. auth. offeratur*, *C. de lit. contest.* Unde intelligimus hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso nihil cognosci, nihil statui posse: & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere; fac. *l.* 4. *C. de sent. & interloc.* & merito; quoniam sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem judicii necessario requiruntur: neque Judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est, *Clem. pastoralis*, *de re jud. Gail.* 1. *obs.* 48. Nonnulli & partem judicii esse contendunt: sed hoc alii & plures negant: quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis est contestata, *l. amplius* 15. *ff. rat. rem hab. l. un. C. de lit. contest. Gail. d. obs.* 48. *Wesemb. par. de jud. n.* 6. Dissidium haud difficile compositu. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima, aut pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud Judices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu judicii a lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet. Priore sensu non minus in jus vocatio propriè & verè pars judicii est: quam litis contestatio, causæ cognitio, &c. unde ea quoque quæ apud magistratum in jure fiunt, dicuntur in judicio fieri, passim *tit. ff. de interrog. in jur. fac.* 2. §. 2. *ff. qui satisd. cog. l.* 1. §. *pen. & ult. ff. de admin. tut. l. ult. ff. si quis in jus voc.* Posteriore propriè judicii pars non est: sed tantum principium & præparatio judicii instituendi, neque enim propriè aut Judex aut judicium ullum esse intelligitur, antequam lis sit contestata, *d. l. un. C. de lit. contest.*

Sed hic nobis occurritur primum ex eo, quod in jus vocatio operetur præventionem, id est: si quis postea quam in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii Judicis quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, *l.* 7. *ff. de judic. c. proposuisti ext. de for. compet.* Unde dicendum videtur in jus vocationem etiam judicii propriè dicti partem esse, & judicium cœptum intelligi, simulatque reus in jus vocatus est, *per l. ubi acceptum*, *ff. de judic.* Respondeo etiam si hic effectus est in jus vocationis, ut reus, licet postea alterius fori esse cœperit, litem apud eum, ad quem vocatus est, porrò contestari & causam in judicium deducere debeat, ex eo tamen non sequitur in jus vocationem partem esse judicii, aut judicium jam esse cœptum, voce judicii strictè sumpta. Nam judicio cœpto, ne actor quidem consilium mutare, & ad novum judicem reum vocare potest, ita cape *d. l. ubi acceptum* 30. *l. si is* 31. *ff. de judic.* At in specie proposita, quidni liceat actori ante litem contestatam consilium mutare, reumque convenire in foro recens quæsito, *arg. l. si quis* 112. *ff. de verb. oblig.* Nam utique reo competere non potest exceptio præventionis, qui non prævenit, sed præventus est. Litis autem pendentiæ exceptio competit demum post litem contestatam: & tunc actor etiam invitus in judicio retineri potest, poteritque reus ipsi actori volenti causam ad forum recenter quæsitum trahere, exceptionem opponere litis pendentiæ. Adde quod judicii inchoati etiam hæc vis est, ut actorem mutuæ petitioni rei obnoxium reddat, quam mutuam petitionem pragmatici nunc reconventionem vocant, *l. qui non* 22. *ff. de judic. l. cum Papinianus* 14. *cum auth. & consequenter*, *C. de sent. & interloc.*

Secundo objicitur, quod jure novissimo in actionibus realibus per solam citationem vel li-

libelli oblationem principi factam & judici insinuatam, & per eum futuro reo cognitam res sit litigiosa, *auth. litigiosa, & ibi DD. C. de litigios.* Ex quo non male inferri videtur jure Novellarum judicium cœptum intelligi, saltem in actionibus in rem, statim atque reus in jus vocatus est. Et porrò cum jure Canonico hoc generale censeatur, ut scilicet tam in actionibus personalibus, quàm realibus per insinuationem citationis res vitio litigiosi afficiatur, *Clem. 2. ut lit. pend. nihil innov.* ex eo utique hujus juris intuitu judicium a citatione inchoari rectè colligi putatur per *c. gratum, de offic. deleg.* Respondeo ne hæc quidem collectio firma est: neque enim ex eo, quod placuit rem per citationem fieri litigiosam, ut ea postea alienata vel pignorata emptori vel creditori obstet exceptio litigiosi, sequitur protinus judicium esse cœptum: non magis quàm ex eo, quod citatio operatur præventionem, quod perpetuat jurisdictionem delegati, de quo in *d. c. gratum*, aut quod ex sola aditione prætoris effectus prorogationis inducitur, *l. si convenerit 18. de jurisd.* Nam illa effecta judicii cœpti actionum, quæ aliàs tempore aut morte perituræ erant, judicio semel inclusarum perpetuatio, fructuum in strictis judiciis post acceptum judicium præstatio, exceptionum dilatoriarum exclusio, &c. non sunt effecta in jus vocationis, seu citationis, ut nunc passim loquuntur, sed manent adhuc propria litis contestationis, utpote per quam demum res in judicium deducitur, & cognitioni judicis subjicitur, *l. un. C. de lit. contest.*

CAPUT VI.

An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri prosit, aut noceat?

Explorati juris est neminem sua pactione alteri nocere posse; ac ne ei quidem, cujus est in potestate, *l. si tibi 17. §. pen. l. si unus 27. §. 4. vers. ante omnia, l. contra juris 28. §. 2. l. ult. ff. de pact.* In tantum, ut ne quidem procurator omnium bonorum possit actionem domini gratis remittere, *d. l. 28. §. 2.* ex quo loco temperandi textus in *l. 12. & l. 14. ff. eod. per l. 12. C. de transact. l. pactum curatoris 22. C. de pact.* Sed nec pactione nostra alteri, cujus juri subjecti non sumus, aut cujus rebus administrandis non sumus præpositi, possumus prodesse, ut inde aut actio aut exceptio ei acquiratur, *l. si stipulatio 24. §. alteri 17. ff. de verb. oblig. l. 11. ff. de obl. & act. l. quo tutela 73. §. ult. de reg. jur.* Hinc est, quod nec pactum fidejussoris prosit reo principali, *l. fidejussoris 23. ff. de pact.* quanquam si expressè convenit, ne à reo quoque petatur, hoc casu propter connexionem obligationum reo quoque dari exceptionem placuit, non pacti conventi, sed subsidiariam doli, *l. idem in duobus 25. §. ult. & l. seq. d. tit.* Quod vero ex contrario placet etiam pactum generale debitoris, sive in rem factum, fidejussori quoque prodesse, mirum videri non debet: quippe cum ut fidejussori prosit, ipsius quoque debitoris intersit, propter mandati judicium. Nam si nulla sit fidejussori mandati actio, verbi gratia, si donandi animo fidejussor intervenerit, pactum rei fidejussori ad exceptionem minime proderit, *l. & hæredi 21. §. ult. junct. l. quod dictum 32. eod. tit.*

De pacto unius è duobus reis promittendi aut stipulandi quæsitum, an non id saltem alteri prosit aut noceat? Et siquidem unus ex correis debendi, qui & socii sint, pactus sit, ne à se petatur, quin id pactum cæteris quoque prosit, vix ambigitur propter regulam, *d. l. 21. §. ult. l. 23. in fin. & text. in l. 25. ff. d. t. l. 62. ff. ad leg. Falc.* Nam hic quoque paciscentis interest à socio promittendi reo non peti: quia si solvat, id alteri judicio societatis reputabitur. Obstat tamen *l. 3. §. 3. ff. de lib. legat.* ubi Julianum respondisse Ulpianus refert, si uni ex correis sociis liberatio legata sit, non pacto, sed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, alter inquietetur, quibus verbis non obscure significare videtur pactum unius rei debendi alteri non prodesse, licet socii sint. Ego vero nego Julianum ideo requirere, ut in casu illic proposito liberatio non pacto, sed per acceptilationem fiat, quia pactum unius è reis promittendi sociis alteri non prodest, sed quia non prodest ipso jure, atque ita adhuc fieri posset, ut dum actio, quæ ipso jure sublata non est, adversus alterum ab hærede instituitur, is cui liberatio legata, obliquè inquietetur. Hæc est ratio cur Jurisconsultus in dicta specie liberationem fieri voluit per eum modum, quo penitus & ipso jure obligatio perimitur, ut scilicet in omnem eventum legatario prospectum sit. Quid ergo si rei debendi non sint socii, an hic unius pactum alteri non proderit? Puto non prodesse: atque ut ita sentiam, multa me movent. Primum quia hic paciscentis nihil interest à correo suo pecuniam non peti, quippe qui, etsi postea conventus à communi creditore solvat, nullam adversus eum, qui pactus est, actionem habet, ut hic cesset regula, *d. l. 21. §. ult. ff. de*

 pact.

pact. Secundo movet me locus Ulpiani in *d. l.* 3. §. 3. *ff. de lib. legat.* Ubi Jurisconsultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata est, agendo quidem consequi posse, ut pacto liberetur, sed non, ut per acceptilationem, ut etiam correo liberatio prosit, Qui locus apertissime sententiam nostram confirmat: quid enim apertius ad ejus confirmationem afferri potest, quam quod ibi JCtus ait, uno quidem accepto liberato utrumque liberari, pactione autem unius eum dumtaxat, qui pactus est.

Duo tamen huic sententiæ objiciuntur. 1. responsum Pauli in *l.* 25. *pr. ff. de pact.* 2. rescriptum Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l.* 2. *C. de duob. reis.* In *d. l.* 25. *pr.* idem, ait Paulus, in duobus reis promittendi & duobus argentariis sociis. Quid autem hic cum quo idem? an idem quod in conventione fidejussoris, quam reo non prodesse, nisi fidejussor sit in rem suam, idem Paulus in *l.* 23. *pr.* & *l.* 24. *ff. eod.* respondit? Minimè. Nam pactum unius è duobus sociis alteri quoque prodesse debet propter judicium societatis. Sed idem, quod in pacto rei principalis, ut quemadmodum illud fidejussori quoque prodest, *d. l.* 23. *in fin.* sic unius ex argentariis vel reis promittendi sociis pactum alteri quoque proficiat, utroque enim casu paciscentis peculiariter interest, ne pecunia ab altero petatur, rei principalis, ne á fidejussore propter mandati judicium, unius è duobus reis vel argentariis sociis, ne á socio propter judicium societatis, quo alioqui id paciscenti reputaretur. Non enim tantùm de argentariis sociis, sed etiam de reis promittendi sociis, *d. l.* 23. loquitur. Et est verissimum quod Cujacius monet, cum fine *d. l.* 23. immediatè conjungi debere *d. l.* 25. utpote quæ alterum exemplum habeat, quo paciscentis principaliter interest: quod & inscriptio & res ipsa indicat.

Alterum quod huic sententiæ obstare plerique putant, est *l.* 2. *C. de duob. reis*, ubi Impp. rescribunt, si unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, quod ultra dimidiam suam solvit, eum posse repetere: quod si accipiunt, posse repetere etiam citra cessionem in correum actionis, videlicet subsidiaria actione negotiorum gestorum: & secundùm id sæpe judicatum esse testantur, Ant. Fab. *Cod. suo for. de duob. reis, defin.* 1. Christin. *vol.* 3. *decis.* 114. & *vol.* 4. *decis.* 178. Jam verò hoc posito, unum è duobus reis debendi solventem posse id quod partem suam excedit, repetere, ex eo rectè colligitur etiam unius paciscentis, ne à se petatur, interesse ne petatur a correo suo, & consequenter id pactum etiam correo profuturum, ne si fortè is solidum solvat, pro parte id ab eo, qui pactus est, repetat. Ego autem non video, quæ in proposita quæstione actio solventi citra cessionem competere possit. Illud utique certum est, solutione unius ipso jure totam perimi obligationem, §. 1. *Inst. de duob. reis*, *l.* 2. *l.* 3. *in fin. ff. eod.* ut nulla jam creditori supersit actio, quæ cedi possit. Nec ulla dari potest ratio, cur cum uno ex pluribus fidejussoribus solidum solvente sine pacto aut cessione nulla detur adversus confide jussores actio, *l. ut fidejussor* 39. *ff. de fidejuss. l. Modestinus* 76. *ff. de solut.* danda sit uno è reis principalibus solvente adversus correum. Sed nec suo nomine adversus correum actionem habere potest: non actionem mandati, quod nullum intercessit, non actionem negotiorum gestorum, quia non alienum, sed suum negotium solidum, quod debebat, solvendo gessit; non denique actionem communi dividundo aut pro socio, quarum neutra competit circa communionem, *l.* 1. *l.* 2. *ff. comm. divid.* accuratè Ant. Fab. *l.* 11. *conject.* 6. & *seq.* contra Car. Molinæum *ad d. l. Modestinus, de solut.* Quid ergo respondebimus ad *d. l.* 2. *C. de duob. reis.* Putamus eam commodè accipi posse de duobus reis, qui in rem communem pecuniam mutuò acceperunt; dicitur enim expressè in textu pecunia communiter mutua accepta: ut hoc casu uno solidum solvente, aut actio pro socio, si socii fuerint, aut communi dividundo adversus alterum competat, *arg. l.* 2. *pr. ff. comm. div. junct. l. ut sit* 31. *ff. pro soc. add. Perez ad tit. C. de duob. reis, n.* 10. & *seq. Gomez.* 2. *var. res.* 12. *in fin.* Planè si nominatim persona correi quoque pacto comprehensa fuerit, proderit ei pactum ad exceptionem doli per *l.* 25. §. *ult.* & *l. seq. ff. de pact.*

Jam videndum ex contrario, an pactum unius ex reis stipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, puta si pactus sit se non petiturum? Et hic iterum distinguendum videtur inter socios credendi reos & simplices. Si sint socii, puto pactum unius alteri ita non nocere, ut neque prosit. Nam pro ea saltem parte obstabit correo petenti exceptio, quam ille toto soluto socio restituere teneretur judicio societatis. Quam autem partem ipse consequitur, eam non tenetur communicare socio, quippe cujus pactione effectum, ne integrum consequi potuerit. Ut ut autem summi juris ratio efficere videatur, ut nullo modo

do

do unius pactum alteri noceat, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum singulorum persona tota obligatio consistit, æquitatis tamen ratio facit, ut in proposito saltem pro parte agenti obstet exceptio, pro ea inquam, parte quam alioqui acceptam teneretur restituere socio.

Cæterum Ant. Fab. 11. *conject.* 18. & *in rational. ad l.* 27. *de pact.* rejecta hac distinctione, contendit pactum unius è reis credendi sociis alteri nocere in totum; utitur argumento *l. si duo* 34. *ff. de rec. arbitr.* ex quo loco sic ratiocinatur: Si compromissum unius ex correis sociis nocet in totum alteri, ita ut si is qui compromisit, vetitus sit petere, neque alter petere possit, ergo eodem modo & pactum unius nocebit alteri. At compromissum nocet, &c. per *d. l. si duo*. Respondeo, falsum est assumptum, idque vel ex eodemque loco demonstrari potest. Non enim quæritur illic, an socius petere, quod promissum est, possit; sed an petente illo stipulatio pœnalis interposita à socio, qui compromisit, committatur? quod non obscurè affirmat Jurisconsultus. Unde contrarium potiùs colligitur, nempe compromissum socio, qui non compromisit, non obesse, ut eo quoque petente stipulatio pœnalis committatur., adversus eum scilicet qui compromisit. Quod si correi credendi socii non sint, conventio unius alteri non nocebit omninò, nunquam enim alia pacta vim suam exerunt extra personas paciscentium, *l. si unius* 27. §. 4. *vers. ante omnia, ff. de pact.* & eo pertinet ejusdem *l.* 27. *pr. vers. ult.* Aliud est, si unus promissori acceptum tulerit, *l.* 2. *ff. de duob. reis*, aut novandi animo alium reum acceperit, *l. si rem* 3. §. 1. *ff. de novat.* aut jusjurandum detulerit, *l. in duobus* 28. *ff. de jurejur.* quia hæc omnia vicem solutionis obtinent. De jurejurando enim id quoque disertè traditum in *l. jusjurandum* 27. *ff. eod. tit.*

CAPUT VII.

Si unius debiti plura sint apud creditorem chirographa, an unius redditione censeatur obligatio remissa.

SI creditor debitori suo Chirographum reddiderit, tacitè pactus intelligitur, ne petat, & debitum remisisse, *l.* 2. §. 1. *ff. de pact. fac. l.* 3. §. 1. *ff. de lib. leg. l. qui chirographum* 59. *ff. de leg.* 3. Quæ res dubitationem non habet, si creditori dumtaxat una cautio exposita, & ab eodem debitori reddita proponatur. Sed fingamus ejusdem debiti plures cautiones sive instrumenta creditori tradita, & unum ex his tantùm debitori redditum, an hujus unius redditione, similiter obligatio tacitè remissa censeri debeat, quæsitum est. Affirmant Bart. Bald. Castr. Jas. *in d. l. secunda de pact.* quorum sententiam ex professo tuetur Bachovius *ad tit. ff. de pact. c. de sec. div. pact. n.* 7. Negant Duar. Fort. Garf. Paul. Buf. *in d. l.* 2. excepto si id actum esse appareat, veluti si tabulæ non simpliciter redditæ, sed aut donatæ sint aut legatæ debitori. Movetur Bartolus, eumque secuti hac ratione, quia unum tantùm instrumentum est, quamvis pluribus tabulis conscriptum, per *l. unum* 24. *ff. qui test. fac.* & quia tabulis restitutis non scriptum, sed contentum restitutum intelligitur, *arg. l.* 2. §. 1. *de pact. l. qui chirographum* 59. *de legat.* 3. *l.* 1. *C. de donat.* Bachovius autem pro defensione sententiæ Bartoli etiam quinque alia argumenta affert quorum primum sumptum est *ex l. veteribus* 39. *ff. de pact.* quo loco cum Papinianus dicat, veteribus placuisse, pactionem obscuram vel ambiguam ei nocere, in cujus potestate fuit legem apertius conscribere, ex eo infert Bachovius, creditori imputandum esse, quod non apertius egerit, & contra eum esse juris præsumptionem, quod debitum remittere voluerit. Secundum Bachovii argumentum est, quod præferenda sit sententia humanior: eam autem esse, quæ favet liberationi, *l. Arrianus* 47. *ff. de oblig. & act.* Tertium, quia generalis est definitio tradita in *d. l.* 2. §. 1. *de pact.* nempe redditione chirographi hoc actum tacitè intelligi, ne debita pecunia petatur. Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi dari potest, quàm debiti remissio. Postremùm, quia si unum ex duobus chirographis debitori legatum esset, liberatio legata censeretur. Cæterùm hæc sententia aliis, ut dixi, displicet, & meritò, meo quidem judicio: quippe qua admissa magna occasio præbetur improbis hominibus fallendi bonos creditores suos: nam debitori in proclivi est duo chirographa ejusdem argumenti conscribere, quorum alterum tradat creditori, alterum retineat, ut si quando ex eo, quod traditum est, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud sibi redditum esse à creditore: atque ita fenestra aperietur fraudibus. Quopropter lubens subscribo sententiæ eorum, qui censent unius chirographi redditione non debere intelligi factam esse debiti remissionem, nisi id actum esse à debitore probetur: quod si id docere non possit, non ipsi sed creditori jus-

jusjurandum deferendum esse, nempe ut juret chirographum à se redditum non esse animo remittendæ obligationis. Atque huc etiam facit bonus textus in *l. ult. ff. de his, quæ in test. del.*

Superest, ut respondeamus argumentis contrariæ sententiæ auctorum. Et quidem illud Bartoli, unum instrumentum est, licet pluribus exemplis descriptum: verum igitur est instrumentum redditum esse, est ex eorum genere, quæ Aristoteli in poster. analyt. dicuntur ἀντιστρέφοντα, id est, tale ut pro creditore retorqueri possit in debitorem. Nam ut Bartolus sic argumentatur pro debitore, unum tantùm est instrumentum, quamvis pluribus tabulis conscriptum, ergo verum est redditum esse: ita pro creditore contra debitorem hoc telum retorqueri potest: unum est instrumentum; atqui hoc à creditore retentum, igitur non est redditum. Quanquam nec illud simpliciter verum est, quod ait Bartolus, unum tantùm esse instrumentum. Unus quidem est contractus aut una obligatio: at plures tamen hic esse cautiones sive plura instrumenta rectè dicitur, *l. unum 24. ff. qui test. fac. l. ult. ff. quæ in test. del.* Ad. *l. veteribus 39. ff. de pact.* unde primum Bachovii argumentum petitum est, respondeo, non temere quod Papinianus eo loco de interpretatione verborum pacti ambigui aut obscuri tradit, trahendum esse ad pacta tacita, quæ ex facto aliquo colliguntur: præsertim ad hoc ut donatio intervenisse præsumatur, & eo quidem etiam casu, ubi alius istius facti finis dari potest. Vulgò dici solet vel frivolam causam excludere donationis præsumptionem, eo quod nemo facilè suum jactare velle aut effundere præsumatur, *l. cum de indebito 25. pr. ff. de Prob.* & ibi DD. Cyn. Bald. & DD. *in l. 3. C. de non num. pecun.* Ad secundum Bach. argumentum eadem dari responsio potest, nempe non usque adeò indulgendum esse liberationi, maximè ubi de præcedente obligatione constat, ut quis sine causa suum perdere voluisse existimandus sit. Donare enim, perdere est, *d. l. 25. de prob. l. 7. pr. ff. de donat.* Ad tertium definitionem *l. 2. §. 1. ff. de pact.* restringendam esse ad casum, quo una dumtaxat cautio, ut plerumque fieri solet, exposita & eadem reddita est. Illud enim perrarò evenit, ut debitor duo ejusdem debiti chirographa tradat creditori: quamobrem nec de tali casu cogitasse Jurisconsultum credibile est, *arg. l. 3. & ll. seq. ff. de leg.* Ad quartum quoque non difficilis responsio est, nempe cum creditor unum tantùm è duobus ejusdem debiti chirographis, quæ accepit, debitori reddit, non continuo credendum esse, voluisse eum debitum remittere, cum alium hujus redditionis finem sibi propositum habere potuerit, qui potiùs præsumendus sit: nimirum ideo id creditorem fecisse, quia ex altero, quod retinuit debitum satis probari possit, ut supervacuum videatur utrumque retinere. Quod si animum remittendæ obligationis creditor habeat, cur quæso, non utrumque restituit, sed alterum retinet? Actus agentium, ajunt nostri, non operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis 19. pr. ff. de reb. cred.* Potest & his finis addi, ne videatur creditor utraque cautione retenta aliquid malitiosè adversus debitorem velle machinari. Postremum Bachovii argumentum petitum ex *l. 59. de legat. 3.* responsionem non meretur. Nos enim de eo casu disputamus, ubi è duobus chirographis unum redditur simpliciter, nec creditor id se donare profitetur. Legare autem donare est, *§. 1. Inst. de legat. l. legatum 36. ff. eod. 2.* Nullum enim dubium est, quin sicut donata, ita & legata cautione seu chirographo, & vel una, licet plures creditori expositæ, nomen ipsum seu debitum donatum legatumque intelligatur, *d. l. 39. de legat. 3. l. servum 44. §. eum qui 3. eod. 1. l. 3. §. 1. de lib. legat. cum simil.*

CAPUT VIII.

An de controversiis ex testamento ortis rectè transigatur non inspectis testamenti verbis? & quid hic statuendum de pactione gratuita?

IN *l. sub prætextu 19. C. de transact.* traditur hæc regula, sub prætextu instrumenti postea reperti transactio bona fide facta non rescinditur. Quæ regula officium suum perdit ex communi Interpretum nostrorum sententia; & meo judicio vera, si transactio facta sit super controversia ex testamento profecta, non inspectis cognitisque testamenti verbis, atque ex testamento postea prolato appareat læsum esse transigentem, & habemus in hanc sententiam textum expressum in *l. 6. ff. de transact.* ubi hæc verba Gaji leguntur: *De his controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque requiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti*: cui geminus alter locus ejusdem Gaji in *l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* Cujacius tamen ad *l. 1. ff. de transact.* & Æmilius Ferretus putant hanc sententiam falsam esse, & natam ex communi errore. Moventur hisce rationibus: Primum, quia nulla sufficiens ratio dari potest, cur

cur tranſactio, quæ inter tranſigentes non minorem vim habet, quam res judicata, *l. non minorem* 10. *C. de tranſact.* facta ſuper controverſiis ex teſtamento ortis ſub prætextu teſtamenti poſtea reſcindi debeat, contra definitionem generalem *l. ſub prætextu* 19. *C. d. tit.* & ſimilis textus *l.* 10. *l.* 16. *l. nec intentio* 23. *C. eod. l. ſumma* 65. §. 1. *ff. de cond. indeb.* Sed hoc Cujacio & Æmilio viſum, dum ſuo indulgent ingenio: nam ſatis ſufficiens vulgò redditur, eaque duplex hujus juris ſingularis ratio: una, ne qui teſtamenta ſupprimunt aut conſulto diutius occultant, iniquum inde lucrum capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommiſſarii ad tranſigendum & modicum fortè præſens, pro relicto alicujus momenti, quod ignorant, accipiendum, per *l.* 8. *pr. ff. de tranſact.* Altera, quod aliàs per hujuſmodi tranſactiones facilè circumveniri poſſent ſupremæ hominum voluntates, quas exitum habere, etiam publicè expedire creditur, *l.* 5. *ff. teſt. quemad. aper.* Bart. & DD. *in d. l.* 6. Sande *lib.* 4. *tit.* 5. *defin.* 15. Quæ profectò ratio minimè inepta eſt, quamvis id Cujacio videatur: nam eadem ratione motus Divus Marcus oratione in ſenatu recitata effecit, ut ne ſuper alimentis teſtamento relictis tranſigi poſsit ſine prætore: *d. l.* 8. *pr. ff. de tranſact.*

Deinde putat Cujacius *d. l.* 6. *ff. de tranſact.* aut peregrinam eſſe, aut à propoſito alienam, quippe apud Cajum in *d. l.* 1. §. 1. *teſt. quemadm. aper.* tranſigendi verbum non ad conventa, ſed per translationem ad judicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret, partem illius reſponſi in titulum de tranſactionibus conjecit, nempe illam ipſam *l.* 6. cujus tamen ſententia falſa ſit, ſi verbum illud referas ad conventa ſeu compoſita. Ego veró hic deſidero judicium Cujacii, & verba hæc *neque ſine Judice tranſigi*, quæ ſunt Gaji in *d. l.* 1. §. 1. *teſt. quemad. aper.* non ad judicata aut ſententias Judicum, ſed ad conventiones referenda eſſe contendo: idque vel ex eo ſolo evincitur, quod alioqui verba illa in abſurdam & ſtultam abeunt ſententiam. Quis enim ita loqueretur, *ſine Judice judicari non poteſt*? aut quis unquam de eo dubitavit? Gaji ſententia minimè obſcura eſt, neque partes tranſigere poſſe de iis, quæ teſtamento relicta ſunt, ſine Judice, apud quem ſcilicet tabulæ aperiri ſolent, neque aliter Judicem judicare, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti: non quod ipſa tranſactio auctoritatem deſideret Judicis, ſed tabularum apertura & publicatio, ut cognita voluntate defuncti, ſi quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter tranſigere poſsit, *d. l.* 1. *pr. l.* 4. *l.* 5. *quemad. teſt. aper. l. teſtamenta* 18. *C. de teſt.* Weſemb. *parat. d. tit.* Coſtal. *in l.* 6. *ff. de tranſact.* Bart. *c.* 3. *de tranſact. n.* 14. qui & meritò notant Accurſium, Bart. Bald. quod plus hic tribuant ſententiæ Judicis, quàm privatorum tranſactioni: quaſi Judici liceret etiam ſine inſpectione tabularum ſententiam ferre, privatis non liceret tranſigere. Denique & Græci, quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere Cujacius ſolet, verba Gaji ſic reddiderunt, *περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων οὔτε διαλύεσθαι δυνατὸν, οὔτε τὸ ἀληθὲς ζητεῖσθαι μὴ προκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων.* Porro tria adhuc communi ſententiæ objiciuntur. Primum reſponſum Scævolæ in *l. Lucius* 78. §. *ult. ff. ad SC. Trebell.* ubi caſus proponitur, quo poſt tranſactionem interpoſitam reperta inſtrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hæreditate fuiſſe quam hæres fiduciarius ex cauſa fideicommiſsi reſtituerat: & tamen negat Scævola, ſi tranſactio intervenerit, amplius fideicommiſsi nomine peti poſſe. Reſpondeo in caſu, quem illic proponit & decidit Scævola, credendum omnino eſſe & præſupponendum, omnia legitimè fuiſſe acta, teſtamentum inſpectum fuiſſe atque ex verbis teſtamenti ſatis conſtitiſſe de fideicommiſſo: neque poſtea aliud voluntatis ultimæ inſtrumentum, puta codicillos, quibus fideicommiſſario plus quàm teſtamento relictum erat; ſed alia, quæ plus in bonis defuncti fuiſſe oſtenderent, reperta. Nam codicillis poſtea repertis & prolatis non obſtante tranſactione integra maneret fideicommiſsi petitio, *l.* 3. §. 1. *ff. de tranſact.* cum iniquum ſit pactione perimi id, de quo cogitatum non eſt, *l. qui cum* 9. *in fin. ff. eod. tit.*

Objicitur ſecundò *l. non eſt ferendus* 12. *ff. eod.* Reſpondeo, ſatis apparet ex verbis hujus loci, factam fuiſſe tranſigenti in ſpecie illic propoſita teſtamenti inſpiciendi copiam, atque ab eo inſpectum lectumque, quamvis fortè oſcitanter, quod ſuæ negligentiæ imputare debet. Plana eſt Juriſconſulti ſententia, nempe non eſſe audiendum eum, qui facta inſpiciendi copia, poſtea cauſetur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, non etiam quod poſteriore relictum ſit.

Poſtremò ex Joanne objicit Accurſius, quod tranſactio ſit rei dubiæ & incertæ, at poſt inſpecta teſtamenti verba rem non amplius eſſe dubiam, ſed certam. At quam jejuna hæc objectio! quaſi verò adhuc quæri non poſsit de mente & ſententia teſtatoris, de viribus teſtamen-

men

menti, utrum Falcidiæ locus, &c. Illud obiter moneo, non eò minus ratam esse debere transactionem, quod adjecta non sit clausula, *visis cognitisque verbis testamenti*, dummodo doceatur transigentes gnatos fuisse eorum, quæ testamento cauta, licet tunc cum interponebatur transactio, fortè lectum non sit, Bart. *in d. l. 6.* Ant.Fab. *Cod. suo for. h. tit. defin.* 1. Sande *lib. 4. tit. 5. defin.* 15.

Reliquum est, ut jam examinemus quæstionis propositæ partem alteram, nempe quid hic statuendum de pactione gratuita. Nam cum Gajus citatis locis *l. 6. ff. de transact. & l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* nominatim & tantùm loquatur de transactione, quæsitum est, an non saltem donationis causa liceat de controversiis ex testamento dependentibus non inspectis tabulis pacisci, litemque gratis remittere? Accursius, cujus sententiam secuti sunt Bartolus, Bald. & Angel. *in d. l. 6.* putat non magis licere verbis testamenti non inspectis de hujusmodi controversiis gratis pacisci, quam accepto aliquo transigere. Contra verò Albericus de Rosate, Guilielmus de Cumo, Castr. & Jas. pacisci de his gratis licere, quamvis transigere non liceat: quorum sententiæ & nos ultro subscribimus. Accursius eumque secuti argumentum ducunt à paritate rationis, & pro vero falsum supponunt, eandem sc. hic esse transactionis & pacti gratuiti rationem. Magna enim & evidens hic inter pactum & transactionem differentia est: quippe qui transigit, decipi potest, accepto fortè minimo pro bona summa, cum utique habere velit, quod sibi testamento relictum est: at is qui ultro totum remittit, non decipitur, cum nihil habere cupiat, & potest unusquisque jus sibi delatum repudiare.

Pro contrariæ sententiæ firmamento adducit Bartolus *l. 3. l. 9. §. ult. ff. de transact. l. tres fratres 35. ff. de pact.* quibus locis pactum & transactio æquiparantur, & pari passu ambulant. Sed quæ hæc argumentatio est. In casibus dd. locis propositis eadem pacti & transactionis est ratio, ergo & in casu proposito. Docent nos Logici non continuò quæ in uno & altero conveniunt, convenire in omnibus, aut in eo, ubi dispar ratio. Neque nos dicimus pactionem gratuitam valere omni casu, quo transactio non valet; sed utilem esse in quæstione proposita, licet transactio sit inutilis. Quid quod omnibus istis locis apertè agitur de pacto decidendi causa interposito, quod nihil aliud est, quàm transactio.

Affertur postremò pro eadem sententia, quod apud Paulum *lib. 1. sent. tit. 1.* legitur, *de his rebus pacisci non posse, de quibus transigere licet.* Respondeo, ex eo nequaquam sequitur, de quibus rebus transigere non licet, nec licere pacisci: pactio enim aliquando valida, ubi transactio non tenet: verbi gratia, de re judicata, aut jurejurando decisa, aliave certa & liquida transactio interposita inutilis est; pactio donationis causa non item. Quamobrem cum textus illi supra sæpe citati, *l. 6. ff. de transact. l. 1. §. 1. ff. test. quemadm. aper.* transactionem dumtaxat in proposito prohibeant, eaque prohibitio aliquid singulare & transactionis proprium contineat, nolim eos ad pacta gratuita temerè extendere.

CAPUT IX.

An vulgaris distinctio procuratoris universorum bonorum in simplicem & cum libera ex ratione juris nostri defendi possit?

Quæri solet an mandati generalis hæc vis sit, ut procurator, cui universorum bonorum administratio permissa est, possit rem quamcumque ad administrationem suam pertinentem pro arbitrio suo alienare, in aliumve transferre? Doctores nostri duo genera hujusmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio à domino commissa est; alterum, quibus commissa est libera, nominatim scilicet hoc adjecto: & contendunt procuratorem cum libera (sic loquuntur) etiam jus alienandi habere, modo ne id fiat animo donandi: eum autem, cui simpliciter administratio, quamvis omnium bonorum, mandata est, nil alienare posse, præter fructus aut res alias, quæ corruptioni obnoxiæ. Verùm mihi hæc distinctio suspecta semper visa est. Etenim cum ex mandato æstimandum sit, quid cuique in re aliena liceat, parem esse debere utriusque procuratoris potestatem omnino dicendum videtur, & quod uni aut licet, aut non licet, id alteri quoque in re dominica licere aut non licere. Quid enim interest, simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo *libera*? Non magis hæc differunt, quàm hæres simpliciter institutus, & institutus adjecto *ex asse*. Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur; quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus liberè, quam si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cujusmodicumque mandato non continetur: qualia sunt, donatio, *l. 7. ff.*

ff. de donat. manumiſsio, *l.* 13. *ff. de manumiſ.* rei dominicæ pro alio obligatio, *l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pign. obl. non poſſ.* liberatio pignoris aut hypothecæ, *l.* 7. §. 1. *ff. quib. mod. pign. ſolv.* item, quævis alia juris dominici remiſsio, *l. mandato* 60. *ff. de procur. l. præſes* 12. *C. de tranſact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio adminiſtrationis, *l. procurator totorum* 63. *ff. de procur. junct. l.* 12. & *l. ult. ff. de cur. furioſ. l. procurator.* 16. *C. de procur. l.* 1. §. 1. *ff. de off. proc. Cæſ.* Hinc eſt, quod ei, cui, licet ſimpliciter, rerum omnium gerendarum provincia mandata eſt; rem domini in judicium deducit, *l.* 12. *ff. de pact.* quod iis tantùm licet, qui domini loco habentur, *l. tutor.* 22. & 27. *ff. de adminiſt. tut.* poteſt exigere & accipere, *l.* 11. *ff. de pact. l. qui hominem* 34. §. 3. *ff. de ſolut.* creditoribus ſolvere, *l. quodlibet* 87. *ff. de ſolut. l.* 59. *ff. de proc.* novare, *d. l.* 12. *ff. de adm. tut. l. novare* 20. §. 1. *ff. de novat.* transfigere, jusjurandum deferre *d. l. præſes C. de tranſact. d. l.* 12. *ff. de pact. l. jusjurandum* 17. §. *ult. ff. de jurejur.* modo id faciat in cauſa domini, planè dubia atque incerta & defectu probationum *arg. l. tutor* 35. *pr. ff. de jur.* neque enim hoc ſic accipi debet, ut transfigere aut jusjurandum deferre poſsit, etiamſi paratas habeat probationes, quibus id quod intendit, haud difficulter queat oſtendere. *l. mandato* 60. *ff. de proc. d. l. præſes, C. de tranſ.* Poteſt & rem domini pignori dare, utique ſi mandatum accepit ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuam pecuniam accipere. *l.* 12. *ff. de pign. act.* Poteſt d nique & vendere, quæ ſervando ſervari non poſſunt, *l. procur.* 63. *ff. de procur.* & quatenus negotiorum exigit adminiſtratio, etiam alia quædam ob evidentem utilitatem alienare. *arg. d. l.* 12. & *l. ult. ff. d. cur. fur.* Jam ego quæro, an plus in re domini licere debeat ei cui libera adminiſtratio permiſſa eſt? Non puto; utut enim liberrima, adminiſtratio tamen eſt, nihil amplius.

At, inquiunt, procurator, cui generaliter libera adminiſtratio rerum commiſſa eſt, poteſt aliud pro alio permutare, *l. procurator* 58. *ff. de procur.* Fateor, inquam: ſed hoc verum eſt & in eo, cui ſimpliciter bonorum omnium adminiſtratio commiſſa: in utroque autem hoc ſic accipiendum, ſi conditio & ratio adminiſtrationis id flagitet. Atque eodem modo temperandum & explicandum, quod apud Gajum *l.* 9. §. 4. *ff. de acq. rer. dom.* & apud Juſtinianum: §. *nihil autem* 42. *Inſt. de rer. diviſ.* relatum eſt, eum, cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio permiſſa eſt, rem ex negotiis ſibi commiſsis vendendo & tradendo facere accipientis. Planè poteſt mandatum ita concipi, ut poſt generalem clauſulam quædam etiam ſpecialiter exprimantur, quæ alioqui aut non conceſſa, aut non tam plenè conceſſa intelliguntur. Cujuſmodi mandati exemplum & formulam habemus apud Scævolam in *l. creditor* 60. §. *Lucius* 4. *ff. mand.* Inſtant porrò hoc modo, ſi filiusfam. & ſervus, liberam peculii adminiſtrationem habentes res peculiares diſtrahere & alienare poſſunt, ſine ſpeciali voluntate patris aut domini: ergo & procurator, cui libera rerum domini adminiſtratio conceſſa eſt, poterit eas res ſine ſpeciali domini mandato ſimiliter alienare. At verum eſt antecedens, *l. ſi convenerit* 18. §. *ult.* & *l. ſeq. ff. de pign. act. l. ſi quis* 41. §. 1. *ff. de rei vind. l. contra* 28. §. *ult. ff. de pact. l.* 8. §. 5. *ff. quib. mod. pign. ſolv. l.* 10. *C. quod cum eo, qui in al. pot.* ratio autem connexi per ſe ſatis videtur manifeſta. De connexione mox videbimus. Concedimus interim antecedens: ſed hoc dicimus, nihil intereſſe utrum ſervo aut filio peculii adminiſtratio permiſſa ſit, adjecto, an omiſſo verbo *libera*: nam & liberam permiſſam intelligi cum ſimpliciter permiſſa eſt: nec uno caſu plus juris contineri ſervove aut filiofam. tribui, quam altero. Hujus rei certiſsimum argumentum eſt, quod eadem omnia, quæ ſuperioribus locis conceduntur, liberam peculii adminiſtrationem habentibus, alibi permittuntur etiam iis, quibus ſimpliciter peculii adminiſtratio commiſſa, *l.* 13. *in fin. pr. ff. de cond. in d. l. pen.* §. 3. *ff. de diverſ.* & *temp. præſcr. l.* 48. §. 1. *ff. de pec. l. ult. ff. de novat.* Alterutrum igitur dicendum eſt, aut procuratores omnium bonorum, ſive ſimpliciter ſive cum libera conſtitutos, ſimiliter poſſe res domini quaſlibet alienare & diſtrahere, ut ſervi aut filii, qui ex permiſſu domini aut patris peculii adminiſtrationem habent, diſtrahere & alienare poſſunt res peculiares: aut falſam eſſe propoſitionis in ſuperiore ſyllogiſmo connexionem; eo quod plus in hoc caſu liceat ſervis & filiisfam. quam bonorum procuratoribus. Prius ne ipſi quidem interpretes admittunt, niſi in procuratore conſtituto cum libera: alterum ergo dicamus neceſſe eſt, argumentationem à ſervis & filiis peculii adminiſtrationem habentibus non procedere ad bonorum noſtrorum procuratores: Nec ratio diverſi juris adeò obſcura eſt: idcirco enim ſervis & filiisfam. peculii libera adminiſtratione conceſſa, rerum quoque peculiarium diſtrahendarum facultas conceſſa intelligitur, quia peculium eſt quaſi proprium quoddam patrimonium ipſius ſervi filiive familias à ſubſtan-

tia & rationibus domini patrisve separatum atque abstractum *l.* 5. §. 3. *&* §.4. *l. peculium* 39. *ff. de pecul.* quod in procuratore diversum esse manifestum est. Adde quod una eademque servi & domini, una patris & filii persona esse videtur. §. 4. *in fin. Inst. de inut. stipul. l. ult. in fin. C. de impub. & al. subst.* Planè non magis servi aut filiifam. quantumvis liberam peculii administrationem habentes injussu patris aut domini donare possunt, quam rerum nostrarum liberi administratores, *l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pign. oblig. l.* 7. *pr. ff. de donat.* cum similib. Hæc eadem & Duareni ad *l.* 1. 1. §. *per procuratorem* 20. *ff. de acq.poss.* Donelli *lib.*4. *comm. c.*15. Vaudi *lib.* 1. *var. quæst.* 47. sententia est.

CAPUT X.

An rectè Interpretes statuant, restitutionem in integrum esse remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire judicium, rescindens & rescissorium.

RESTITUTIO in integrum est causæ jure amissæ redintegratio, ita definitur ab Imp. in *l.* 2. *C. in quib. caus. in integ. rest. nec non est*, ajunt *causa amissa*: nam ubi causa amissa non est, restitutione non est opus. *l. in causa* 10. *pr. ff. de minor. l.* 3. *C. de in int. rest. min.*

Ajunt, *redintegratio* quoniam impetrata restitutione in integrum, omnia in pristinum statum reducuntur tam ex parte adversarii, quam ex parte restituti. Omnis enim restitutio est reciproca, *l. quod si minor* 24. §.4. *ff. de minor. l.* 1. *& l.* 2. *C si adv. transact.* Paulus *lib.* 1. *sent. tit.* 7. definit rei redintegrandæ actionem. At enim ipsa restitutio in integrum propriè actio non est, sed res, quæ petitur & postulatur à magistratu.

Dicitur tamen actio figuratè, ut ex contento continens intelligamus, ex restitutione postulationem litigatoris, quæ eam continet: quomodo etiam stipulationes prætoriæ actionis verbo contineri dicuntur. *l. actionis* 37. *ff. de oblig. & act.* Hæc habeto ὡς ἐν παρέργῳ. Occurrit autem in hoc argumento geminus Interpretum error, tum quod restitutionem in integrum pro judicio & auxilio habent extraordinario, tum quod duplex hic intercessisse judicium, rescindens & rescissorium, imaginantur. Uterque error natus est ex veteris juris ignorantia. Prior statim apparebit, atque cognoverimus quod sit judicium ordinarium, quid extraordinarium. Ordinarium jus sive judicium est, quod per actiones & interdicta, per Judices datos, sine prætoria cognitione civiliter exercetur, ut discere possumus ex *l.* 1. §. 2. *ff. si ventr. nom. mul. in poss. l. ult. ff. de privat. del. l.* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui poss. l.* 178. §. 2. *ff. de verb. sign.* &c. Suetonius in *Claud. c.* 15. *Alium*, inquit, *interpellatum ab adversariis de propria lite, negantemque cognitionis rem, sed juris ordinarii esse, agere causam confestim apud se coegit.* Extraordinarium est, quod præter consuetum judiciorum morem & ordinem exercetur prætore ipso ex officio cognoscente, non Judicem dante. Cujus generis sunt, cognitio de honorariis professorum liberalium artium, medicorum, advocatorum, &c. *tit. de extraord. cogn. l.* 7. *ff. l.* 1. *C. mandat.* Item de fideicommissis, *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* de transactione alimentorum, *l.* 8. §. 18. *de transact.* & si quæ sunt causæ similes. Hæ autem causæ cum essent extraordinariæ, & ab ipso prætore disceptarentur, solebat prætor in edicto pro illo usitato & tralatitio verbo *Judicium dabo*, aliud usurpare, videlicet *animadvertam*. *l.* 1. §. 1. *ff. de minor. l.* 15. §. *ait prætor.* 24. *ff. de injur.* Itaque nec harum causarum ullæ certæ & ordinariæ erant actiones aut formulæ. *l.* 24. §. *ult. ff. de minor.* Hotom. *lib.* 7. *obs.* 4. Duar. *in lib.* 7. §. 2. *de pact.* Brisson. *lib.* 5. *&* 13. *de verb. signific.* Nunc videamus an causas restitutionis in integrum prætor suæ jurisdictioni & cognitioni extra ordinem reservarit, an more judiciorum ordinario atque usitato Judicem in his actionemque dederit? Non ipsam prætorem hic judicasse, sed judicium dedisse arguunt verba edictorum omnium, quæ huc pertinent, dempto uno de minoribus, *l. item si* 14. §. 1. *ff. quod met. caus. l.* 1. §. 1. *de dol. mal. l.* 2. §. 1. *in fin. ff. ex quib. caus. major.* ubi prætor læsis restitutionem pollicetur data actione rescissoria. Hinc jam perspicuè apparet, judicia hæc non esse extraordinaria, sed ordinaria: eosque perspicuè errare, qui aut hæc sola aut quod minus ferendum, cætera quoque beneficia prætoria extraordinaria esse remedia existimant, quos vel solæ refellunt bonorum possessiones: ut omittam actiones prætorias, Publicanam, Paulianam, Servianam, de constituta pecunia, ex jurejurando, de receptis, de dejectis & effusis, & innumeras alias. Excipitur sola restitutio, qua minoribus 25. annis lubrico ætatis læsis succurritur, quam prætor suæ jurisdictioni reservavit: & ideo in hac causa non ait se actionem aut judicem daturum ex more judiciorum ordinario, & consueto: sed uti quæque res erit, animadversurum. *l.* 1. §. 1. *ff. de minorib.* Unde Paulus in *l quod si minor.* 24. *ult. eod. ex hoc edicto*, inquit, *nulla propriè actio vel cautio proficiscitur, totum enim hoc pendet ex prætoris*

cog-

cognitione. Cæteræ verò dantur in modum actionis ordinariæ, ut jam demonstravimus. Planè si quis restitutiones consideret, quatenus in subsidium & ferè non nisi aliis actionibus deficientibus conceduntur, quin hoc sensu remedia extraordinaria rectè dicantur nemo inficias ibit, *l. in causa 16. pr. ff. de minorib.*

Alter error Interpretum est, quod duplex hic intervenisse judicium imaginantur, rescindens & rescissorium, duplicem libellum, duplicem litis contestationem, & sententiam. Cui errori causam dedit edictum, *ex quibus causis major.* & textus in *l. qui proprio 46. §. item quaritur, ff. de procur.* Restituuntur majores variis ex causis, & inter alias, si eorum ex necessaria aut justa causa absentium res usucapta sit, *l. 1. ff. ex quib. caus. 9. major. §. rursus 5. Inst. de actionib.* Hoc autem casu ait Justinianus permitti domino reverso rescissa usucapione rem petere, cui simile, quod ait Paulus in *l. in honorariis 35. ff. de oblig. & action.* ei, cujus absentis res usucapta est, rescissa usucapione actionem dari, quæ scilicet est illa actio in rem prætoria, quam nostri passim rescissoriam vocant, *l. nec non 28. §. ult. ff. ex quib. caus. maj. l. ult. C. eod. l. nullo 24. C. de rei vind.* nonnunquam & restitutoriam, *l. 3. §. 1. ff. de eo per quem fact. er. l. qui proprio 46. §. 2. ff. de proc.* Cæterùm loca ista nequaquam sic intelligenda sunt, quasi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo prætor rescindat usucapionem, ac dum demum hanc actionem det, qua petatur res restitui: sed ideo dicitur rescissa usucapione hæc actio dari, quia prætor eam concedendo vi ipsa simul usucapionem rescindit, dum permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi à possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset, *l. 1. §. 1. l. sed & si 26. §. si feriæ, l. nec non 28. §. pen. ff. ex quib. caus. maj. l. ult. C. eod. l. nullo 24. C. de rei vind.* ex quibus locis perspicue patet, rescisionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere, cum actionem rescissoriam petenti concedit, *fac. l. 2. §. 1. ff. de cap. minut.* hoc ipsum & Ludovicus Gomezius odoratus est in *d. §. rursus ex diverso Inst. de actione*: sed explicare non potuit, aut solide confutare communem errorem. Porro nullum decretum hic antecessisse, quo quod gestum est rescinderetur; sed rescisionem & restitutionem in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere actionem rescissoriam dando, argumento est, quod apud Justinianum legimus in *§. 5. Inst. de action.* ormula actionis rescissoriæ petitorem intendere possessorem usu non cepisse, quod usucepit, quæ utique formula non convenit actioni pristinæ per rescisionem restitutæ: neque enim remota judicio rescindenti usucapione huic formulæ & intentioni locus esse potest. At enim, inquiunt, Impp. in *l. ult. C. quib. ex caus. major.* ajunt actionem rescissoriam, quam utilem ibi vocant dari restitutis in integrum. Respondeo hoc ipsum confirmare, quod nos dicimus, nempe in concessione actionis rescissoriæ, ipsam restitutionem esse positam: atque Interpretes abuti textibus juris, qui rescissa usucapione utilem ajunt reddi actionem, quippe quo nihil aliud significetur, quam quod cum prætor causa cognita actionem concedit, perinde habeatur inspecto exitu, ac si usucapio rescissa esset: eaque verba respicere effectum formulæ, quæ possessorem non usucepisse intenditur.

Sed quid respondemus ad *l. qui proprio 46. §. 2. ff. de procur.* ubi sic Gajus lib. 3. ad edictum provinciale: *Item quæritur, si judicium acceperat defensor, & actor in integrum restitutus sit, an cogendus sit restitutorium judicium accipere? & magis placet cogendum.* Hæc objectio videtur esse alicujus momenti: nam ex eo loco rectè colligi videtur, esse aliquod judicium restituens sive rescindens, quod præcedat restitutorium sive rescissorium. Sed non est tanti ponderis, ut plerique existimant. Agitur illic de defensore, qui eandem vicem subire cogitur, quam ipse reus *l. minor. 51. §. 1. ff. de procur.* Ponamus itaque casum, quo contra minorem rem aliquam petentem sive actione in rem sive in personam, pro defensore alienæ litis sententia lata est, & minorem beneficio ætatis in integrum restitutum, data actione restitutoria. Hic defensor cogendus est etiam judicium restitutorium sive actionem rescissoriam accipere, quam etiam in se hoc ipso quod alienæ litis defensioni se obtulit, suscepisse intelligitur. Ubi autem hic duplex judicium, restituens & restitutorium? Conjicere licet, errorem hunc manasse ex ignoratione ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus ferè actionibus occurrebat species quædam duplicis judicii, dum quædam apud prætorem seu magistratum tractabantur, quædam apud Judices datos: cæterum revera unum tantum erat judicium, ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud prætorem non instituebatur judicium, sed constituebatur à prætore data actione & Judice, qui de re cognosceret. Unde nec illa quæ apud prætorem fiebant in judicio, sed in jure fieri passim dicuntur. Restringitur autem vulgo necessitas duplicis judicii rescin-

dentis & rescissorii ad edicta, quibus vel propter ætatem, vel propter absentiam læsis subvenitur. *Mynsing.* 2. *obs.* 25. *Oldendorp. class.* 6. *act.* 8. nec mirum, nam in actione de dolo, quod metus causa ex edicto de alienatione judicii mutandi causa facta, & quæ datur in debitorem capite minutum, simplicitas & unitas judicii minus evidens & conspicua est.

CAPUT XI.

Quale sit beneficium restitutionis in integrum reale an personale: & an fidejussoribus quoque prosit?

QUidam putant restitutionem in integrum esse beneficium reale, moti hisce ferè rationibus. 1. Quia non tantum læsis ipsis, sed etiam hæredibus eorum datur, *l. non solum* 6. *ff. de in int. restit. l.* 3. §. *Pomponius* 9. *l. minor.* 18. §. *ult. ff. de minor.* 2. Quia & ad successorem singularem transire potest, videlicet ex facto & voluntate minoris si minor alicui hoc auxilium cesserit, *l. quod si minor.* 24. *pr. ff. d. tit. l. alterius* 20. §. 1. *in fin. ff. de tut. & rat. distr.* nempe non ceditur officium Judicis, sed jus implorandi officium Judicis quod actionis instar habet, *l. actionis* 37. *ff. de obl. & act.* vid. Mynsing. 4. *obs.* 18. *& seq.*

Sed magis est, ut hoc beneficium pro personali habendum sit: neque enim rei aut causæ beneficium dici potest, quod variis ex causis personis læsis, lapsis aut circumventis conceditur. Et cum quæritur, an beneficium aliquod vel actio in rem sit, id non tam ex eo, cui, quam adversus quem detur, æstimandum est, *l. actionum* 25. *ff. de obl. & act.* Non obstant loci in contrarium adducti. Nam si omnia, quæ hæredibus competunt, essent realia, nullæ ferè essent actiones personales, quippe quæ omnes hæredibus quoque competunt, tametsi pœnales sint ex maleficio, excepta una injuriarum, & si qua alia similis inveniatur, §. 1. *Inst. de perp. & temp. act.* Nec valet hæc argumentatio, cedi potest restitutionis auxilium, ergo esse beneficium reale: nam omnes actiones in personam cedi possunt. Fatemur privilegia personalia, seu quæ certis personis tribuuntur, non transire in hæredem, sed cum personis, quibus tributa sunt, finiri, *l. privilegia* 196. *ff. de reg.* at restitutio in integrum non competit jure privilegii in specie sic dicti, aut tanquam jus aliquod singulare, sed magis tanquam remedium juris communis, & quod instar est actionis ordinariæ, non enim ex mera tribuitur gratia, sed ipsa quoque justitia & æquitate dictante, quam ob causam etiam favorabile censetur,

Sfort. Odd. p. 1. q. 1. *art.* 1. & q. 50. *art.* 1. *de rest. in int.* licet suo sensu, quod detur contra jus civile, *l.* 35. *in fin. pr. ff. de obl. & act.* Porrò beneficium restitutionis in integrum non esse reale ex eo quoque liquet, quod non prodest consorti: ut ecce, duo fratres consortes, unus major 25. annis, alter minor, de hæreditate paterna cum tertio aliquo transegerunt: hic minori quidem fragilitate ætatis læso succurretur, & proderit minori restitutio, cæterum pro parte dumtaxat sua quatenus scilicet ipsius interest: fratri autem majori non proderit, *l. un. C. si in comm. ead. in int. rest. postul.* Quod si restitutio minoris, ut interdum fit, socio quoque prosit, id propriam rationem habet, veluti si agatur de re natura sua individua, puta servitute communi fundo debita: hic enim non nisi in solidum restitutionis locus esse potest, nec minor commodum restitutionis sentire nisi consorti quoque suo prosit, *l. si communem* 10. *ff. quemadm. servit. amitt.* aut si fundo, quem minor cum alio communem habebat, vendito & minore in integrum restituto, emptoris intersit contractum in totum rescindi propter incommoda communionis, *l. tutor.* 47. §. 1. *ff. de minor.* Cæterum in tota hac quæstione distinguendum videtur inter causas restitutionum: siquidem actio de dolo, de alienatione judicii mutandi causa facta, restitutoria ex edicto de capite minutis merè sunt personales: actio quod metus causa origine sua & ipsa personalis, ut tamen in rem scripta sit: actio rescissoria ex capite de majoribus ferè in rem est: restitutio minorum imploratur contra eum, cum quo contraxerunt: quanquam interdum & adversus tertium possessorem actio porrigatur, quod speciale est, *l. in causæ* 13. §. 1. *ff. de minor.*

Altera illa quæstio, an beneficium restitutionis fidejussoribus quoque prosit, in causa minorum præcipuè agitatur: nam exceptionem doli mali & metus, etiam fidejussoribus competere certi atque explorati juris est, *l.* 7. §. 1. *ff. de except.* Quæritur ergo an hoc beneficium prosit etiam minorum fidejussoribus. Non prodesse responsum est, *l. in causæ* 3. *pr. ff. de minor. l.* 7. *in fin. ff. de except. l.* 1. *l.* 2. *C. de fidejuss. min.* ex adverso prodesse, *l. minor.* 51. *ff. de procur. l. si pupillus* 89. *ff. de acq. hær. l.* 2. §. 1. *ff. de administr. tut. l.* 3. §. 4. *vers. sed an hoc auxilium*, *ff. de minor.* Hæc loca in speciem contraria variè conciliantur, & quidem ferè trifariam.

Plerisque cum Accursio in *d. l. minor.* placet hæc distinctio: aut creditor, qui cum minore contraxit, non potest aliter indemnis esse

se nisi saltem adversus fidejussorem ei actio detur; aut potest. Priore casu censent, restitutionem fidejussori non prodesse, sed efficaciter posse cum eo agi: quia creditor ob hunc ipsum metum restitutionis & remedii prætorii fidejussorem à minore accipit, *d. l. 13. pr. de minor.* nec tamen fidejussorem adversus minorem habere regressum; quoniam & contra ipsum fidejussorem, ne mandati actione expediatur, restituitur, *d. l. 13. l. 7. in fin. ff. de except. l. 1. C. de fidejuss. min.* Plane si dolo minoris deceptus fidejussor eum majorem putavit, mandati actio efficax est, quia in delictis minori non succurritur, quæ sententia est *d. l. 1. C. de fidej. minor.* Posteriore casu, ubi salva est creditori judicii in alium translatio, etiam subveniri fidejussori, ut in specie *d. l. minor. 51. ff. de procur.* ubi creditori seu actori salva manet contra principalem reum actio. Item in casu *l. si pupillus. 89. ff. de acq. hær.* ubi creditoribus salva est actio contra hæredes legitimos, si qui alii sint præter minorem restitutum, vel contra cohæredes adeuntes. Et ad hunc posteriorem casum quoque pertinere *l. 2. §. 1. ff. de admin. tut. item l. 3. §. 4. vers. sed an hoc. ff. de minor.* Diversi juris hanc esse rationem, quia sicut æquum est creditorem in damno non morari, ita eandem æquitatem suadere, ut fidejussori succurratur, si creditori aliter consultum sit.

Alii pro regula ponunt fidejussores minorum beneficio restitutionis non juvari, quasi sua conventione hoc auxilium repudiasse videantur per *d. l. 13. pr. ff. de minor.* fac. *l. 3. §. 4. vers. sed an hoc eod.* ubi dicitur interdum & fidejussori hoc auxilium prodesse: unde recte colligas, regulam esse in contrarium. Excipiunr autem casum, quando fidejussor intercedit pro minore certæ personæ qualitatem induente, quam deinde exuat beneficio ætatis, veluti si fidejubear pro minore tanquam defensore alienæ litis, & promittente judicatum solvi, ut in specie *d. l. minor. 51. ff. de procur. l. 2. §. 1. ff. de adm. tut.* aut tamquam hærede, ut in specie *d. l. si pupillus 89. ff. de acq. hær.* Eum enim, qui pro his quatenus tales sunt intervenit, apertè id agere, ut ne teneatur deposita hac qualitate. *Donell. 21. comm. c. 14.*

Ant. Faber *lib. 8. conject. 3. & ad l. 13. ff. de minor.* alia adhibita distinctione rem hanc expediendam putat, & nimirum interesse, utrum fidejussor pro minore intervenerit etiam pro majore, quod in dubio sit præsumendum, etiamsi sciverit conditionem minoris: an quasi pro minore & contemplatione juris prætorii, id est, ob eam dumtaxat causam, ut creditori cautum esset, qui alioqui propter incertam ætatis ac restitutionis cum minore non contraxisset. Priore casu prodesse fidejussori restitutionem à minore impetratam, perinde ac si à majore impetrata esset. Posteriore verò non prodesse. Atque hanc distinctionem etiam Senatui Sabaudiæ placuisse testatur idem Ant. Faber *Cod. suo for. tit. de fidej. min. defin. 1. & tit. qui & adv. quos in int. rest. defin. 2.*

Ex tribus autem hisce distinctionibus expeditissima & tutissima mihi videtur secunda: nam ratio primæ in casu, quo etiam fidejussori succurratur, non convenit speciei *l. si pupillus 89. ff. de acq. hær.* Quid enim si nemo adeat hæreditatem, ut quæ suspecta sit, nec omninò idonea? Quid enim si vetus aut alia actio propter inopiam aut absentiam debitoris inanis sit? Nec quod ad tertiam attinet, Ant. Fabro concedendum, fidejussorem minoris, quem scit minorem esse, in dubio non intelligi contemplatione juris prætorii intercessisse: Imo cum fidejussor in hoc accipiatur ab eo, qui cum minore contrahit, quod ei potius, quam minori fidem habeat, propter metum restitutionis, *d. l. 13. pr. ff. de minor.* contrarium potius præsumendum: & sibi imputet fidejussor, quod minoris conditionem non ignorans pro eo intervenerit. Quod vero fidejussori, qui minori hæres extitit, salvum manere restitutionis auxilium, *l. Stichum 95. §. 3. ff. de solut.* in eo fidejussoris eadem cum cæteris hæredibus conditio est, *l. 6. ff. de in int. rest. l. 3. §. Pomponius 9. ff. de minor.* Neque enim fidejussori quà fidejussori, sed quà hæredi salvum manet. Item quod placuit fidejussori qui pro minore dolo adversarii circumscripto intervenit, prodesse exceptionem doli mali, quæ minori ex hac causa comperit, *d. l. 7. §. 1. ff. de except. l. 2. C. de fidej. min.* hoc ex eo est, quod hæc exceptio ex parte objicientis in rem potius est, quam in personam, *l. 2. §. 1. & §. 2. ff. de dol. mal. exc.* ac proinde ex earum genere, quæ vel invito debitore competunt fidejussori, *d. l. 7. §. 1. ff. de except. l. & hæredi 21. §. ult. l. ult. ff. de pact.* Cui adde quod etiam majoribus eadem ex causa eadem exceptio detur. Cæterum non hoc solo casu quod quidam putant, restitutio fidejussori prodest, ut jam demonstravimus. Unicum adhuc est, quod hic objici solet, nempe generalis illa regula, quæ definit in omni genere liberationis liberato reo principali liberari etiam accessiones, *l. in omnibus 43. ff. de solut.* Sed huic objectioni sic respondendum, regulam illam toties procedere & veram esse, quoties principalis obligatio aut ipso jure tollitur, aut summovetur per exceptionem jure communi competentem, qualis est exceptio pacti,

rei

rei judicatæ, jurisjurandi, senatusconsulti Vellejani, &c. Secus autem est, quando manente obligatione tam naturali quam civili persona rei dumtaxat subducitur, sicut fit, cum minor restitutione utitur per *l. ult. ff. de duob. reis.*

CAPUT. XII.

An dolus dans causam extractui bonæ fidei eum reddat ipso jure nullum?

QUæstio hæc agitata est inter Doctores Citramontanos, & Ultramontanos, quorum illi affirmant bonæ fidei contractum, cui dolus causam præbuit, ipso jure nullum esse: hi negant. Illos sequuntur *Cujac. Costal. Busf. ad l. 7. ff. de dol. mal. Don. Mynf. Zaf. in §. actionum 28. Inst. de act.* Hos *Coras. 2. misselli S. Robert. lib. 3. animadv. 1. 2. & 4.* Nos hic Citramontanorum castra sequemur: in quæ & suprema Curia Hollandiæ concessit *decis. 5.* Primum hoc dicimus in contractu bonæ fidei, nullam circumscripto competere actionem de dolo: Nam aut causam contractui bonæ fidei dedit dolus, & contractus, ut nunc supponimus, ipso jure nullus est; ut puta nulla est venditio, nulla societas, si quis cum animum contrahendi non haberet, in hoc circumscriptus est & dolo adversarii adductus, ut venderet, *d. l. 7. ff. de dol. mal.* aut societatem contraheret, *l. in causa. 16. §. 1. ff. de minor.* aut dolus incidit circa partem aliquam in contractum bonæ fidei, puta circa rei valorem, aut traditionem, aut pretii numerationem, & purgatur per actionem ex ipso contractu descendentem, *d. l. 7. §. 3. ff. de dol. l. Julianus 13. §. 4. & 5. ff. de act. empt. l. 2. C. eod.* aut si conveniatur, qui dolum passus est, purgatur exceptione doli, quia exceptiones doli insunt bonæ fidei judiciis, *l. sed & si 21. ff. solut. matrim. l. hujusmodi 84. §. 5. ff. de legat. 1.* In stricti autem juris contractibus non idem doli effectus est. Hic enim sive causam contractui dolus dederit, non reddit eum ipso jure nullum; sive inciderit & in aliqua parte tantùm accesserit, non purgatur actione ex contractu descendente, quæ stricti juris est: sed spectatur dumtaxat, utrum is, qui per dolum obligatus est, impleverit contractum, nec ne: si nondum implevit, exceptione doli mali agentem repellere potest, *l. si quis 36. ff. de verb. oblig. l. 5. C. de inut. stipul.* actionem autem de dolo non habet: quippe quæ nec cum exceptione doli concurrit, *l. ult ff. dol. mal.* Sin autem implevit contractum, jam quia exceptionem doli non habet, si cætera quoque remedia ei desint, dabitur ei actio de dolo, tamquam ultimum subsidium, *Zas. Duar. Cujac. Donel. in d. l. 36. de verb. oblig.*

Illud autem hic quæritur, an verum sit quod cum Citramontanis asserimus, ubi dolus causam præbet contractui bonæ fidei, contractum ipso jure nullum esse, cum secus se res habeat in strictis judiciis. Et verùm esse satis perspicuè demonstrat textus in *l. 7. pr. ff. de dol. mal.* ubi Jurisconsultus disertè ait, nullam esse venditionem si in hoc ipso circumscriptus fuerit minor, ut venderet; & notanda eo loco oppositio casuum. Nam dum ait nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet minor circumventus sit, casum hunc opponit casui antecedenti, quo dolo incidente, non causam dante contractus ipso jure valet. Non obstat, quod Jurisconsultus utroque casu actionem de dolo in manumissum dat, siquidem Ulpianus ut sententiam Juliani dicentis actionem de dolo in manumissum dari, qui à domino minore decepto venditus & ab emptore manumissus erat, conciliaret cum vulgata regula, quod actio de dolo cum alia actione non concurrit, cum hic videatur superesse ex vendito, docere voluit sententiam istam Juliani duobus casibus procedere. 1. quando emptio venditio valet, sed emptor dolo caruit, ut non possit ob dolum à servo commissum actione ex vendito conveniri. 2. ubi emptor in dolo fuit, sed minor in hoc ipso fuit circumscriptus, ut venderet, & ita dolus venditioni causam præbuit: quo casu cum venditio ipso jure nulla sit, sola superfit actio de dolo.

Probatur hæc eadem sententia, nec minus evidenter, *l. in causa 16. §. 1. ff. de minor.* ubi & majore 25. annis circumscripto in societate ineunda, contractus dicitur esse nullus, minori eodem casu negatur opus esse restitutione in integrum, quæ utique ei necessaria esset, si contractus subsisteret. Addunt alii & textum in *l. 3. §. ult. ff. pro soc.* quo loco Paulus sic scribit: *Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est: quia fides bona contraria est fraudi & dolo.* Sed, ut verum fatear, alia videtur hujus loci esse sententia, nimirum eam societatem ipso jure nullius esse momenti, quæ animo & proposito contracta sit ut ejus occasione alii fraudentur & circumveniantur: quia rei turpis & illicitæ nulla in universum ex ullo contractu obligatio est, *l. 6. §. 3. ff. mandat. l. nec prætermittendum. 57. ff. pro soc. l. generaliter. 26. & seq. ff. de verb. oblig.*

Restat jam, ut examinemus & diluamus argumenta, quibus Ultramontani eorumque sectatores adducti in contrariam sententiam iverunt. Sed prius quam eò deveniamus, monendi su-

sumus in distinctione contractuum bonæ fidei & stricti juris, bonam fidem non simpliciter opponi dolo, quippe quem ab omnibus contractibus, etiam à stipulatione & mutuo abesse oportet, *l. 4. C. de oblig. & act.* sed quadantenus tantum & secundum quid, nempe quatenus plenior & exuberantior fides in contractibus bonæ fidei desideratur, eorumque naturæ magis adversatur dolus malus, quod Impp. *l. 5. C. de resc. vend.* significant, cum ajunt, dolum contrarium esse bonæ fidei, quæ in hujusmodi maximè contractibus exigitur. Et ratio est, quia in his alter alteri obligatur in id, quod ex bona fide, ex bono & æquo præstari oportet, etiamsi de eo nihil cautum sit, §. *in bonæ* 30. *Inst. de action. l. 2. §. 3. ff. de obl. & act.* & hinc est, quod etiam potentius operetur dolus, ad impediendam originem obligationis in contractu bonæ fidei, quam stricti juris dolus, inquam, contractui causam dans: nam incidens contractum nullum facere non potest.

Ultramontani tamen Petrus, Cynus, Joan. Faber, & recentiores nonnulli, sicut diximus, ab hac sententia recedunt, contendentes contractus omnes, etiam bonæ fidei, quamvis dolus iis causam dederit, ipso jure consistere atque effectum habere, sed rescindendos esse actione ex contractu, aut de dolo, si alia non supersit. Afferunt huic sententiæ firmandæ innumeros locos, quorum præcipui *l. 11 §. si quis 5. l. Julianus 13. §. 4. & 5. item §. si colludente 27. ff. de act. empt. l. si res æstimata 12. §. 1. ff. de jur. dot. l. 3. C. comm. utriusque jud. l. 5. C. de resc. vend.* Verum non est adeo difficilis ad hæc loca responsio, quoniam in plerisque agitur de dolo incidenti, veluti in *d. l. 11. §. si quis virginem, ff. de act. empt.* Nam in casu illic proposito venditor emptorem de dolo malo non induxit ad emendum, sed cum emptor animum emendi haberet & errore lapsus putaret se virginem emere, venditor sciens emptorem errare, passus est eum in hoc errore hærere: non autem affirmavit esse virginem, quo eum ad emendum induceret: qui error corrigitur data actione exempto ad emptionem resolvendam. Sic quoque in *d. l. 13. §. 4. & 5.* non proponuntur casus, quibus quis dolo inductus & in hoc circumventus est, ut emeret vel venderet: sed ut res pluris vel minoris emeretur, vel venderetur. Similiter ex eo, quod in §. *si quis colludente 27. d. l. 13.* Jurisconsultus proponit colludente procuratore, venditionem factam, non sequitur necessario dolum dedisse causam contractui, multoque minus ex *d. l. 12. §. 1 ff. de jur. dot.* cum proculdubio nuptias contrahere mulier voluerit, nec ea in dote promittenda circumventa fuerit, sed in æstimatione & traditione servi. Nec denique ex *l. 3. C. comm. utriusque jud.* neque enim illic agitur de dolo, qui divisioni causam præbuit, sed amisso in ipsa divisione qui dolus est incidens, & sic quoque capiendæ, *l. 7. §. 1. depos. l. 49. de O. & de A. l. 79. pro soc. l. 43. §. ult. l. 66. §. 1. l. 68. §. 1. de contr. empt. & c.* Sanè in specie *d. l. C. de resc. vend.* dolum dedisse causam contractui, verba ipsa satis apertè ostendunt, & tamen etiam eo casu rescindi dicitur venditio. Sed bene respondet Cujacius, nihil aliud his verbis *venditionem rescindi*, eo loco significari, quam data & tradita revocari condictione sine causa. Nam propriè ipsa venditio, quæ nulla est, non potest dici rescindi: sed rescindi dicitur ab effectu, qui secutus est, quoniam dominium per traditionem translatum erat, *l. 7. pr. ff. de minor. l. dolus 10. C. de resc. vend.*

Utuntur præterea Ultramontani duobus argumentis, & quidem quæ digna sunt consideratione. Primum tale est: Ubi adsunt substantialia contractus, ibi non potest contractus ipso jure esse nullus: atque licet dolus causam dederit contractui bonæ fidei, adest consensus, adsunt alia essentialia: ergo ipso jure non est nullus. Ad propositionem quod attinet, monendi sumus contractus non ex mero jure gentium hic considerari oportere, sed quatenus jure civili recepti & approbati. Assumptio falsa videri potest: propterea quod dolus excludat consensum: cæterum ita stabilitur. Si vis & metus non excludit consensum nec contractum vitiat, nec dolus excludet, &c. At verum antecedens; ergo & consequens. Ratio connexi est, vel quia vis & coactio maximè videtur contraria esse voluntati, *l. nihil consensui 116. de reg. jur.* vel quia in vi & metu etiam dolus inest, *l. 3. §. doli mali 8. ff. vi. bon. rapt.* Antecedens non obscurè negat Cujacius in *l. si quis 36. ff. de verb. oblig.* Et apertè Donellus in *l. 1. C. de resc. vend.* Verissimum tamen esse argumento sunt verba ipsa edicti prætoris, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Neque enim restitutione opus esset, si contractus ipso jure non valeret: & non nisi insulsè atque ineptè ad metum & vim quandam incidentem edictum hoc ferre possis. Accedunt expressi textus in *l. 3. l. 4. l. 5. C. de his quæ vi metusv. ca.* ex quibus manifestè patet vim, & metum non efficere, ut contractus; quamvis sit bonæ fidei, & cui metus causam dederit, sit ipso jure nullus: sed eo non obstante actionem & exceptionem quod metus causa dari. Movere non debet, quod scriptum est in *l. si mulier. 21. §. 3. ff. quod met. cap. Si dos metu promissa sit nullam nasc.*

nasc. obligationem, *nec talem promissionem dotis nullam esse*. Hoc enim speciale est in promissione dotis metu extorta: quoniam favore dotis non datur restitutio: quoties autem contra actum, si valeret, non datur restitutio, toties actus metu gestus ipso jure non valet, fac. *l. 6. pr. l. si privatus 17. ff. qui & à quib. man.* & quod notandum est, loquitur *d. l. 21. §. 3.* de dote stipulanti promissa, vix autem quisquam est, qui dubitet talem promissionem, licet metu extortam, alias ipso jure subsistere. Magis obstare videtur *l. 1. C. de resc. vend.* ubi Impp. Alexander ait venditionem per vim & metum extortam irritam esse. Sed rectè respondet Accursius, *irritam* positum esse pro irritandam, nempe per actionem quod metus causa: quia prætor talem venditionem ratam non habet, data actione quod metus causa, *l. 1. ff. quod met. ca. l. 3. & 2. & seqq. C. eod.* ut exitu inspecto actus hic sit irritus, aut pro irrito habendus. Nos igitur cum Bachovio, *de action. disp. 6. th. 17.* negamus rationem connexi, & dicimus à metu ad dolum non rectè inferri. Quod si quis hic urgeat responsum Ulpiani in *d. l. 2. §. doli mali 8. ff. vi bon. rapt.* ubi ait, eum, qui vim facit, etiam dolo malo facere & in vi dolum inesse. Responsio in promptu est, doli appellationem & generalem esse, omnemque significare improbitatem, malitiam ac propositum delinquendi, quo significatu etiam vis dolus est, *l. 7. ff. ad leg. Cor. de sicar.* & specialem, qua injuriæ illa species intelligitur, quæ fit occultè & per simulationem, distinguiturque à vi quæ aperta est, nec semper cum ea concurrit: quomodo Cicero dicebat, fraudem vulpeculæ vim Leonis esse. Atque in priore significatu dicimus J. Ctum doli verbum accipere in *d. l. 2. §. 8. vi bon. rapt.* nec aliud intelligere, quam eum qui vim infert, pravum & improbum propositum habere, qui dolus apertus est, id est, manifesta malitia & improbitas reipsa & de facto declarata. At nos hic disputamus de dolo in specie dicto, quo intelligitur, qui est in verbis & occultè fit per simulationem. Sed parum proficimus, nisi ratio aliqua afferatur cur eum qui metu coactus, verbi causa, emit aut vendidit, placeat ipso jure obligari, dolo malo inductum non item: cum non minus vis atque metus consensui, sine quo nullus contractus subsistit, contrarius sit, quàm dolus, *l. nihil consensui. 116. ff. de reg. jur.* putamus autem hanc esse rationem, quod in uno enixior & apertior voluntas verè voluntas est, *d. l. 21. §. pen. quod met. caus.* sicuti qui navis levandæ gratia jacturam facit, vult se liberari periculo & voluntate enixa, ac seria. *Arist. 3. Eth. 1.* Sane quidem vis est contraria voluntati, sed quatenus causam extrisecus impellentem spectamus, non quatenus respicimus causam proximam & ipsum volendi & minus malum eligendi actum. Duæ enim hic considerandæ voluntates; una prior, altera vi posterior: quarum priori vis est contraria, posteriori vero tantum abest ut vis contraria sit, ut eam etiam efficiat, ac proinde etiam cum ea consistere queat. Errantis autem & dolo circumventi, ut sit aliqua voluntas, non tamen tam enixa est & certa, quia decipitur. Non possumus dicere plane & omnimodo dolo interveniente tolli consensum, quod temere Bronchorstius *cent. 1. assert. 57.* & alii nonnulli asserunt: nam hoc admisso ne contractus quidem stricti juris dolo causam conventioni præbente ipso jure subsisterent: cum nulli contractus, ac ne stipulatio quidem sine consensu ullius momenti sit, *l. 1. §. 3. ff. de pact.* Sed hoc dicimus, etiamsi simpliciter & absolutè non deficiat consensus, tamen cum hic debilior sit, quam in casu objecto, & hæc sit natura contractuum bonæ fidei, ut omnia præstentur ex æquo & bono & bonæ fidei, quæ in hisce judiciis exuberantissime requiritur, maximè repugnet dolus malus, *l. 5. C. de resc. vend.* ubi principium est vitiosum & infectum, nempe ubi alter alterum ad contrahendum dolo inducit, talem contractum jure valere non posse: utut stipulationem sustineat verborum solemnitas, mutuum interventus rei, & obligatio uni altera. Et effectu pene idem est, quod Baldus in *l. sub prætextu 19. C. de transact.* ait, dolum in bonæ fidei contractibus excludere qualitatem substantialem (rectius dixisset naturalem) quæ inest à propria & speciali natura contractus: sed in strictis judiciis esse contra qualitatem accidentalem dumtaxat & generalem omnium contractuum.

Alterum argumentum Ultramontanorum tale est: Qua ex causa transit dominium, ea non potest censeri ipso jure nulla. At ex contractu bonæ fidei, puta venditione, cui dolus causam dedit, transit dominium: ergo. Major est in *l. numquam. 31. ff. de acq. dom.* Assumptio probatur ex eo, quod nusquam legimus hoc casu dari vindicationem: quæ utique competere, si dominium translatum non esset. Quinimo ex *l. 7. pr. ff. de dol.* perspicuè probatur dominium in casu, de quo agimus transferri: alioqui enim manumissio non procederet, *l. 3. C. si advers. libert.* fac. *l. 10. C. de resc. & vend.* & miror Bronchorstium id negare *arg. l. 1. §. 4. ff. de acq. poss.* ad quam vel puer responderit. Hinc porrò sic colligunt: Ubi non impeditur translatio dominii, ibi multo minus impedire debet

na-

nativitas obligationis, per *l.4.ff.de contr. empt.* Atqui ubi dolus causam dedit, &c. Respondet Baldus in *l.19. C. de transact.* ad hunc modum, concedo, inquit, quod fortius impeditur dominium, quam obligatio, quando eadem vel major ratio est impediendi: sed quando ratio ordinatur ad obligationem impediendam, non dominium; ibi impeditur obligatio, sed non dominium, ut in sæpius allegata, *l. 7. pr. ff. de dol.* Ratio quia non procedunt ab eadem causa: nam obligatio non potest esse sine verò & efficaci contractu, sed dominium potest transferri ex causa putativa; unde non requirit efficaciam præcedentis obligationis. Hactenus Baldus: cujus nimirum hæc sententia est, traditionem ipsam cum animo transferendi dominii factam ab eo, qui saltem putat subesse causam habilem & idoneam, licet nulla subsit, sufficere ad translationem dominii idque verum esse indicio est indebitum per errorem solutum. Illud enim indebitum est, quod nulla ex causa verè debetur: & tamen si quis errore ductus putans se debere, ex aliqua causa solverit dominium transfert: quod ex eo liquet, ad repetitionem soluti tantum conditionem indebiti habet, non vindicationem, *tit. ff. & C. de condict. indeb.* Sic licet matrimonium nullum sit, tamen dos data non vindicatur, sed per conditionem repetitur, *l. pen. C. interd. matrim. int. rup.* Itaque rectè Donellus in *d. l. 5. C. de resc. vend. n. 3.* quod Paulus in *l. nunquam 31. ff. de acq. rer. dom.* scribit: nunquam nudam traditionem transferre dominium, sed ita si justa aliqua causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, ita accipiendum docet, sive revera justa causa præcesserit, sive opinione tradentis.

CAPUT XIII.

An minori 25. annis Doctori juris, si captus sit, sit concedenda in integrum restitutio?

NON una causa est, ob quam prima facie videtur deneganda minori 25. annis in integrum restitutio. Quid enim in judicio rectè defensus, causa cognita sententia Judicis condemnatus sit, an non obstabit restitutioni auctoritas Judicis & rei judicatæ? Placuit non obstare, ac nihilominus beneficio ætatis minores consequi posse, quod jure communi appellatio interposita præstat majoribus, *l. præses provinciæ 42. ff. de minor. & tit. C. si adv. rem judic.* Quid si decreto magistratus res minoris vendita sit? hic multo minus: siquidem magistratus quanquam vendi rem minoris permittit, pretium tamen decreto suo non comprobat, *l. 2. C. de fidejuss. minor. l. siquidem 11. C. de præd. minor.* Sed ne curatorum auctoritas usque eo valet, ut id beneficium, curæ suæ commissis adimant, quod remota hâc auctoritate & sine curatoribus constitutis habituri fuissent, *l. tutor. 47. ff. de minor. & tot. tit. C. si tut. vel cur. interv.* Sed finge minorem esse hominem frugi & industrium, magistratum, aliosve honores gerere, parentem esse multorum liberorum remque familiarem bene ac prudenter administrare: hæc utique signa sunt non fragilis & infirmi, sed prudentis & maturi consilii. Quid ergo? An non merito hujusmodi adolescentes ab hoc auxilio excluduntur? Placuit nihilominus si capti probentur, restituendos per *l. 1. in fin. ff. de minor. l. 2. C. eod. l. 1. C. qui & adv. quos.* Etenim quantacunque huic ætati prudentia tribuatur, semper tamen ei adjuncta est levitas quædam & facilitas, adde & rerum multarum ἀπειρία, Sfort. Odd. *p. 1. qu. 32. arte 3. & 13.* Sichard. *in l. 2. C. de int. rest. minor. n. 2.*

Quid si doctor juris sit, adeoque non levi juris scientia imbutus? Huic communiter doctores restitutionem in integrum denegandam esse censent, etiamsi in negotio gerendo se læsum esse doceat, teste Oddo, *d. loc. art. 7.* Rationem hujus suæ opinionis hanc afferunt, quod nulla fronte ex errore & imprudentia restitutionem ob defectum ætatis desiderare potest, cujus ætatem supplet juris scientia, nec quisquam id affectare debeat, in quo intelligere debet, imperitiam suam alii periculosam fore, *l. 8. §. ff. ad leg. Aquil.* Addunt, quod turpe sit, ut Q. Mucius dicebat causas in foro oranti jus ignorare, *l. 2. §. Serv. 43. ff. de orig. jur.* & quod ad jurisconsultos olim, teste Ciceron. *lib. 3. de Orat.* non solum de jure, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referebatur. Atque ita quoque Duar. *in l. 1. C. qui & adv. quos.* Gomez. *2. resolu. 14. n. 5.* Bronchorst. *1. miscell. 28.* Cæterum hæ rationes tanti apud me non sunt, ut huic sententiæ subscribere possim. Nihil enim communi habet professio juris & artium cum bonorum administratione & in rebus agendis prudentia, quæ non ex libris, sed usu & experientia comparatur. Benè Cicero in *fin. 2. de offic. de quærenda*, inquit, *de collocanda pecunia, etiam de utenda, commodius à quibusdam optimis viris ad medium janum sedentibus, quam ab ullis philosophis ulla in schola disputatur.* Et quis credat, de fundo emendo, de filia locanda, aliisve hujuscemodi negotiis olim consuli solitos fuisse adolescentes? Quid quod apud veteres non alii, quam clarissimi viri, magnoque rerum usu præditi,

& ferè honoribus omnibus & reipub. muneribus perfuncti de jure civibus responsi dabant, ut ex eodem Cicerone, *lib.* 2. *de Orat.* discimus. Putarem itaque nec minorem 25. annis, qui titulum Doctoris juris adeptus est, si causa cognita captus esse deprehendatur, à solito auxilio removendum, *arg. l.* 1. *C. qui & adv. quos,& arg. l.* 1. *in fin. ff. de minor.* quo loco Jurisconsultus scribit, non debere adolescentibus ante perfectam ætatem rerum suarum administrationem committi, quamvis bene rem suam gerentibus. Quantacunque enim, ut dixi, adolescentiæ tribuatur peritia, semper tamen obnoxia est captionibus, adjunctaque est huic ætati consilii quædam infirmitas & inconstantia. Odd. *d. art.* 7. Sarmient. 3. *Select. interp.* 12. Fachin. 3. *contr.* 5. Arbitror tamen hoc restringendum esse ad captionem & læsionem in negotiis, quæ ad juris peritiam, quam adolescens profitetur, nihil attinent, puta si læsus sit ignorantia facti, quæ excusationem mereatur, & maximè in negotiis extra judicium, in emendo, vendendo, in quærenda aut collocanda pecunia, &c. Nam juris ignorantiam allegare causas in foro oranti nimis turpe est, *d. l.* 2. §. *Servius de orig. jur.* veluti si errore juris exceptionem vel allegationem omisit, quia putabat eam ad merita causæ non pertinere. Cum enim se juris peritum profiteatur, hic desiderium ejus restitutionem propter errorem petentis pugnaret è diametro cum ejus professione: Est autem iniquum & incivile aliquid postulare quod discrepat & alienum est à professione nostra, *l. professio* 6. *C. de mun. patrim. lib.* 10. *l. in honoribus* 8. §. *philosophis.* 4. *ff. de vac. mun.* Unde etiam peritiam cujuscumque artis, quam minor profitetur, restitutionem impedire circa negotia ejusdem artis & professionis statuunt, Maurit. *de rest. in int. c.* 223. Odd. *d. art.* 7. *n.* 32. *& seqq.*

CAPUT XIV.

An si institutus beneficio ætatis contra aditionem hæreditatis restitutus sit, convalescat substitutio?

VUlgaris substitutio facta extraneo sive puberi sive impuberi post aditam hæreditatem expirat *l.* 1. *C. de impub. & al. subst.* Sed quid si institutus hæres, postquam adiit hæreditatem beneficio ætatis contra aditionem in integrum restitutus sit, an hic convalescet substitutio, ut jam ex ea admittatur substitutus? Communis Interpretum sententia est, substitutum admitti, dictam *l.* 5. *C. de impub. & al. subst.* sic interpretantium, si aditio duraverit: restitutione autem impetrata omnia in pristinum statum reponi, Gloss. Cyn. Salic. Don. & alii *in d. l.* 5. Zas. *tract. subst. c.* 1. *vers.* 2. *limitate.* Merend. *lib.* 4. *contr. C.* 9. Nec hanc sententiam putant destitui auctoritate, proferuntque ad eam stabiliendam, *l.* 2. §. 3. *ff. de vulg. & pup. subst. l. Julianus* 42. *pr. l. si minor.* 61. *ff. de acquir. hær. l. ex contractu.* 44. *ff. de re jud. l.* 7. §. *seq. &* 5. *&* §. *sed quod Papinianus* 10. *ff. de minor. l.* 1. §. *antepen. l.* 2. §. *si bonorum* 10. *ff. ad sen. Tertul.* quibus tamen locis an hæc sententia satis probetur, magna ratio est, cur dubitem: sed de eo mox videbimus. Duo sunt loci, qui in contrariam sententiam me trahunt, quod scilicet hærede instituto post aditam hæreditatem beneficio prætoris se abstinente, substitutus non sit admittendus, *l. ult. ff. de success. edict.* & *d. l.* 7. §. *sed quod Papinianus, ff. de minor.* quæ ab aliis pro contrariæ sententiæ firmamento affertur. in *d. l. ult. ff. de success. edict.* expressè negat Papinianus inferioris gradus cognatum beneficium edicti successorii habere, cum prior cognatus ex propria parte bonorum possessionem accepit, licet ætatis beneficio facultatem abstinendi postea consecutus sit, in *d. l.* 7. §. *sed quod Papinianus, ff. de minor.* unus tantùm casus à sententia Papiniani dicentis, si minor, cui servus proprius substitutus est post aditionem abstinendi causa restitutus sit, substitutum nec hæredem nec liberum fieri, excipitur, si hæreditas solvendo non est, idque non recto jure; sed ex æquitate rescripti D. Pii & Antonini, ne videlicet bona defuncti nomine veneat. Jam verò nihil est vulgatius, quam quod exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. Neque alia ratione utitur Jurisconsultus quam quod substitutione semel per aditionem extincta substitutus amplius admitti non possit. Atque idem omninò dicendum est de pubere suo hærede instituto, qui accepto substituto ætatis beneficio post immistionem abstentus est. Ratio non est obscura, quia non solùm deficit conditio substitutionis instituto hæreditatem adeunte, sed etiam bona testatoris esse desinunt & fiunt hæredis, cujus restitutio alii prodesse non debet.

Examinemus jam & excutiamus singulos locos in contrarium prolatos. Primus est *l.* 2. §. 3. *ff. de vulg. & pup.* Sed ille locus huc non pertinet: cum hic tractemus de substitutione vlgari facta extraneo aut filio puberi, illic de substitutione pupillari facta filio impuberi, & longè alia quæstio illic decidatur, nempe si minor 25. annis hæres institutus post abstenti nem adeundæ hæreditatis gratia restitutus fuerit, confirmari tabulas primas & prætorem utiles actiones ex secundis substituto pupillari decerne-

nere, in quo utilitati consulit non tam substituti, quam pupillorum, *l. Julianus* 42. *pr. ff. de acq. hær.* qui quidem locus & ipse pro contrariæ sententiæ assertione affertur, sed eam non magis juvat, quam ille proximè præcedens: quippe cum & isto loco agatur de substitutione pupillari & admittendo substituto, etiam eo casu, quo pupillus hæreditate paterna se abstinuit, & intra pubertatem mortuus est: unde hoc tantùm probatur, quod vulgò dicitur, nuda sui hæredis licet se abstinentis, existentiâ confirmari tabulas pupillares, aut potius paternas, ut ex pupillaribus admittatur substitutus. Speciem aliquam habet *l. ex contractu* 44. *ff. de re jud.* Sed neque in *d. l.* 44. agitur de vulgari substitutione facta impuberi extraneo, aut puberi etiam suo, sed impuberi suo hæredi, quam substitutionem non extinguit immistio, si modo postea se pupillus abstineat. Ratio est quia communi jure & sine restitutione in integrum se abstinet pupillus suus, qui se miscuit, *l. in necessariis*, 57. *ff. de acq. hær.* Extraneus autem aut pubes qui adiit aut se immiscuit contra aditionem aut immistionem, non restituitur nisi speciali decreto prætoris causa cognita, *d. l.* 57. *in fin. pr.* quod beneficium non temerè extra personam restituti in alterius favorem extendi debet, *l.* 3. §. *sed utrum* 4. *ff. de minor.* Dici quidem & illud probabiliter potest in *d. l.* 44. pupillum se non immiscuisse, sed nihil interest. Ex *l. si minor.* 61. *ff. de acq. hær.* sic argumentantur; si minoris adeuntis & postea restituti cohæres ad portionem minoris volens admittitur jure accrescendi: multò magis volens substitutus admittendus est; quia substitutio potentior est jure accrescendi, *l.* 2. §. *si duo* 8. *ff. de bon. poss. sec. tab.* At minoris adeuntis & postea restituti portio volenti cohæredi accrescit *d. l.* 61. Respondeo, alia in proposito est ratio substituti, alia cohæredis: cui scilicet vel propter partem suam, quam acquisivit, condendum fuit totum agnoscere, vel propter vacantem portionem, quam ut invitus agnoscat, cogi non potest, à toto recedere.

Citatur pro contraria sententia & *l.* 1. §. *antepen. ff. ad SC. Tertull.* item *l.* 2. §. *si bonorum* 10. *ff. eod.* quarum in priore si filius hæreditatem matris adierit ex Orficiano, & per integrum restitutionem abstentus fuerit, agnati matris vocantur ex jure antiquo. Verum id fit ex verbis ipsius senatusconsulti, quæ extensiva sunt, & limitant jus adeundi hæreditatem maternam, ut non obstet agnatis, nisi filius cum effectu hæres sit, *d. l.* 1. §. *antepen. l.* 6. §. 1. *eod.* Eodemque modo respondendum ad alteram, nempe *l.* 2. §. 10. *eod.* Ubi si filius adierit ex jure antiquo & restitutus sit, mater admittitur ex Tertulliano, ex verbis scilicet senatusconsulti, quæ & ipsa extensiva fuisse credibile est. Ad *l.* 7. §. *sed quod Papinianus* 10. *ff. de minor.* jam ante respondimus, eam apertè confirmare nostram sententiam, cum unus dumtaxat casus ibi excipiatur in servo necessario minori substituto, si hæreditas solvendo non sit. Atque hujus sententiæ auctores habeo Cujacium & Bus. in *d.* §. *sed quod Papinianus.* Duar. *in comm ad tit. de vulg. & pup. substit.* Govean. 2. *var. lect.* 15. *cap.* 10. Perez. *ad tit. C. de impub. & al. sub. n.* 7. Bachov. *ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 11. *th.* 7. Ubi & bene respondet objectioni desumptæ ex vulgata illa regula, restitutione concessa omnia in pristinum statum reponi: nempe hanc regulam eò dumtaxat pertinere, ut intelligamus eum quoque, contra quem minor restituitur, propterea quod in negotio gerendo læsus fit, in pristinum statum respondendum esse: hoc autem nostro casu restitutionem magis in rem fieri videri; neque minorem restitui adversus substitutum; imò nec propriè & verè loquendo substitutum posse dici à minore læsum.

Excluso autem substituto quæritur, utrum hæreditas, ad legitimum successorem pertineat, an fisco vindicetur, illud placet Duareno & Bachovio, hoc Cujacio, Goveano & Busio, quorum sententia videtur verior: quoniam excluso substituto, multò magis exclusi intelliguntur venientes ab intestato; cum utique causa testamenti potior sit successione ab intestato. Deinde quia bona ista per aditionem hæredis, testatoris bona esse desierint, ut ea ad legitimi ejus hæredes admitti nequeant. Quapropter dicendum bona ista quasi vacantia fisco deferri: & hoc satis abundeque probat *l. ult. ff. de suc. ess. edict.*

CAPUT XV.

An auth. Sacramentum puberum. C. si adv. ven. *pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure?*

Extat constitutio Frederici Imperatoris *l.* 2. *Feudor. tit.* 53. §. 3. quæ inde translata in Codicem Justinianeum sub *tit. advers. vend.* in hæc verba: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel justum metum extorta etiam à majoribus (maximè ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant) nullius esse momenti jubemus.* Quæsitum autem est, an hæc Frederici constitutio pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad vali-

lidos ipso jure, & adversus quos puberibus extra causam jurisjurandi necessaria restitutio? Ait Martinus & Citramontani : negat Bulgarus & Ultramontani : atque hæc lis totam Jurisprudentiæ scholam conturbavit. Ego Martini sententiam veriorem esse puto : & nullus dubito, quin Fredericus secutus auctoritatem Juris Canonici, quod juramentis favet & cujus auctoritas tunc maxima erat, novi aliquid juris & Canonico consentaneum statuere voluerit, utcumque *lib. 1. C. eod. tit.* cui *d. auth.* subjecta est, ad contractus jure validos tantùm pertineat. Etenim illi demum actus Jure Canonico simpliciter prohibiti & invalidi sunt, qui offendunt pietatem & nutriunt peccatum, super quibus jurare & ipsum peccatum est, & gravius peccatum, quod juraveris, servare. Et cum igitur jure civili minores restitui possent, etiam adversus ea, quæ rite gesta per tutores & curatores, *tit. C. si tut. vel. cur. int.* imò licet ex Decreto Judicis gesta essent, puta prædium minoris ex Decreto venditum, *l. si quidem 11. C. de præd. min.* Imperator Alexander in *l. 1. C. si adv. vend.* excepit, nisi isti contractus juramento sint confirmati. Cæterùm loquitur Alexander de contractibus validis. Fredericus autem hoc adjecit, ut etiam contractus invalidi à minore celebrati jurejurando accedente confirmentur. Non tamen utique omnes, sed ii tantum qui invalidi sunt, propter solam ætatem, qui si à majoribus gesti essent, jure rati forent & efficaces, veluti si minor sine curatoris consensu contrahendo se aut res suas obligavit, aut alienavit, aut res soli sine decreto distraxit. Sed & lex civilis conventionem, quæ ratione objecti est ἀδιάφορος, privatæ tantùm utilitatis contemplatione valere non patiatur, qualis est donatio inter conjuges, & quæ excedit quingentos solidos, renunciatio futuræ successionis, transactio facta de rebus testamento relictis, non inspectis testamenti tabulis, &c. ad talem quoque conventionem *d. auth.* pertinere arbitror, eamque juramento à minore confirmatam inviolabiter servandam, perinde ac jure Canonico obtinet in majoribus, siquidem eo jure & defectum ætatis juramentum supplet, & sponte præstitum omne sine exceptione servandum, quod nihil impietatis, turpitudinis, aut iniquitatis continet, *C. quamvis de pact. in 6.* At si actus aliquis aut contractus à majore celebratus ideo non valet quia tendit ad injuriam aut detrimentum alterius, qualis est renunciatio senatusconsulti Macedoniani, alienatio fundi dotalis aut rei, cujus ususfructus penes patrem est, talem contractum à jurejurando robur accipere nec Canones patiuntur, quamvis à majoribus interposito, ac multò minus, si conventio ideo improbetur, quia natura turpis est, & contra bonos mores, ut loquuntur, juris Canonici : quoniam jusjurandum non debet esse vinculum turpitudinis aut iniquitatis, *C. 1. ext. de jurej. C. inter cætera 22. quæst. 4. C. non obligatorium de reg. jur. in 6.* atque in eo jus Canonicum & civile inter se conveniunt, *l. 7. §. & generaliter 16. ff. de pact.* Itaque quamvis *d. auth.* non pertineat ad negotia omnibus prohibita jure communi, nec ad actus vetitos ex naturali & perpetua causa, putamus tamen eam quoque pertinere ad negotia, quæ jure speciali certis tantùm personis prohibita propter privatum aliquod incommodum, licet secus sit jure civili, *l. 5. C. de legib.*

Urget in contrarium Bulgarus verba, *d. auth. super contractibus rerum suarum non retractandis.* Sed non oportet verba captare præsertim in constitutione Principis Germani : & interdum illa quoque retractari & revocari dicuntur, quæ de facto processerunt, licet de jure effectum non sint sortita. *l. 5. C. de resc. vend. l. 1. C. qui man. non possess. junct. pro Inst. qui & ex quib. ca. man.* Illud futile est, quod quidam objiciunt, Ecclesiam eodem jure quo minores censeri, quæ tamen adversus contractus juratos Prælati vel Episcopi restituatur, *C. 1. de rest. in integr. in 6. C. præsertim de testib. in 6.* quasi verò unquam quisquam negasset minori concedendam esse restitutionem adversus contractum juratum curatoris sui? Objicitur denique quod minor sine curatore suo non potest aut creditori suo jusjurandum deferre, ut se obliget, aut debitori, ut eum liberet, *l. nam postea quam 9. §. si minor. 4. l. jusjurandum. 17. §. 1. ff. de minor.* unde dicendum videtur nec permittendum ei esse, ut sine curatore ipse per jusjurandum obliget, & conditionem suam faciat deteriorem. Respondeo, cum leges jusjurandum à minore deferri nolunt, id eas quidem agere, ut extra damnum eum conservent, verum ita ut nullam impietatem ejus foveant quam non fovent, ubi non ipse minor, sed creditor ejus aut debitor jurant. At si juramentum ab ipso minore præstitum violari paterentur, à damno quidem eum liberarent, sed impietatem ejus foverent. Præstat autem damno eum affici, quàm impium fieri.

Quamvis autem hæc ita probabiliter pro tenore hujus *auth.* disputari possunt, ea tamen plerisque nimis regida & infirmæ ac captionibus expositæ ætati perniciosa visa est : diciturque Henricus VII. filius Frederici, cui Papa Honorius III. hanc *auth.* extorsit, eam aboliturus fuisse, nisi morte fuisset præventus. Utut sit,

fit, vix ullibi locorum concepta est, vide sis Busium *ad l.* 13. *ff. de minor.* Gudelin. *lib.* 3. *de jur. novis. c.* 14. Christin. *vol.* 2. *decis.* 125. & *vol.* 5. *decis.* 225. Grœnevveg. *de legib. abrog. ad h. auth.* & *ibi alleg.* Ant. Fab. *C. suo for. tit. de integr. rest. min.* & *tit. si adv. vendit.*

CAPUT XVI.

Utrum unum tantum, an duo sint genera arbitrorum similitudinem Judicum habentium?

JUdicium dividi solet in necessarium & voluntarium: cæterùm hæc distributio non est generis univoci, sed πρὸς ἕν. Nam arbiter propriè Judex non est; cum privatorum consensus Judicem non faciat, *l.* 3. *C. de jurisd.* sed partes Judicis suscipere dicitur, *l. Pomponius* 13. §. 2. *ff. de recept. arbitr. l. rem non novam* 14. §. *de judic.* & arbitria ad similitudinem judiciorum redigi, judicia imitari, *d. l.* 14. *l.* 1. *ff. de recept. arbitr.* Nimirum præter judicium propriè dictum, quod omne necessarium est, & eorum, qui publica judicandi auctoritate præditi sunt, est & voluntaria quædam contendendi ratio extrà jurisdictionis necessitatem posita apud eos, ad quos ex consensu & compromisso itur, qui Judices compromissarii & plerumque arbitri nominantur; quæ & ipsa ad sopiendas lites pertinet *d. l.* 1. Hoc voluntarium judicium ex re arbitrium, ex facto litigatorum compromissum appellatur: quia litigatores compromittere, id est, simul & invicem pœnam promittere solent, si quis eorum sententiæ arbitri non steterit. *l.* 3. §. 2. *l. litigatores* 11. §. 1. *l.* 1. & *seq. ff. eod. tit. l.* 1. *C. eodem.*

Duo autem genera arbitrorum; Interpretes nostri ferè arbitri, alterum, qui arbitratores dicuntur, *arg. l. societatem* 76. *ff. pro soc.* quorum illi tanquam Judices servato judiciorum ordine procedant, hi sine solemnibus litem amicè ex bono & æquo componant, *vid. Gail.* 1. *obser.* 150. Sed ego existimo totum hoc esse commentitium & à ratione juris civilis planè alienum quod & jam olim suspicatus est Jacobus teste Bart. *in d. l. societatem*, *ff. pro soc.* & ex recentioribus apertè docuit Corasius *lib.* 4. *miscell. cap.* 18. ac novissimè solidè demonstravit Bacchovius *ad tit. ff. de recep. arb. c.* 1. *n.* 2. Etenim nusquam legimus arbitratorem adhiberi, ut Judicem, ad controversiam aliquam sine forma judicii sua sententia dirimendam, sed tantùm intervenire & adhiberi ut nudum mediatorem, idque in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit: veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces certæ personæ arbitrio definienda permittatur, *l. si coita sit* 75. *cum seqq. ff. proc. soc. l. ult. C. de contr. empt. l. si merces* 25. *pr. ff. locat.* aut si modus restituendi, *l. si quis* 43. *ff. de verb. oblig.* vel legati relicti quantitas, vel aliquarum rerum electio, vel monumenti effectio in arbitrium alicujus conferatur, *l.* 1. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 6. *ff. de cond.* & *dem. l. ult.* §. 1. *C. comm. de legat.* Nullus autem locus dari potest, quo lis aliqua arbitratoris interventu decisa dicatur. Et ideo dubitandum non est, quin etiam die festo arbitrator quod sibi videtur, statuere possit, *arg. l.* 8. *C. de feriis*, quamvis arbiter tali die non magis quam judex, possit sententiam ferre, *l.* 3. *l.* 7. *C. eod.* Sed & cum arbitrator aliquid statuit, quod manifeste iniquum est, ad arbitrium boni viri id est, judicis, res redigi, constitutoque judicio pronunciatum corrigi potest, nimirum per ordinariam actionem vel exceptionem, *d. l. societatem*, & *l. unde si Nervæ* 79. *ff. pro soc.* adeoque etiam in contractibus stricti juris, *d. l. si libertus*, 3. *ff. de oper. libert. l.* 1. §. 1. *de legat.* 2. Donel *ad d. l si quis* 43. *ff. de verb. obl. n.* 16. Bachov. *d. loc.* ut frustra disputent Doctores in *d. l. societatem* quis judex hic pro reductione adeundus sit. Nihil itaque commune habent arbitratores isti cum arbitris compromissariis: nam neque arbitrium dicere si nolint, coguntur: & tunc velut conditio contractus deficit, id est, non recurritur ad arbitrium alterius, quasi arbitrium boni viri electum esset, sed nihil actum esse intelligitur, *d. l. si coita* 75. *ff. pro soc. d. l. ult. C. de cont. empt. d. l. si quis* 43. *ff. de verb. oblig.* contra quam in testamentis, in quibus plenius voluntates interpretamur, *l.* 12. *ff. de reg. jur.* contrarium observetur, & sive is in cujus arbitrium legatum collatum est, arbitretur, sive arbitrari nolit aut non possit, semper legatum utile sit, quasi collatum in boni viri arbitrium, *l.* 1. §. 1. *ff. de legat.* 2. *l.* 3. §. 1. *C. comm. de legat.* Sed neque arbitratores hi usquam dicuntur recepti, neque ad eos pertinet edictum prætoris de his qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Unde intelligimus, inanem quoque esse Interpretum disputationem quærentium quamdiu & usque ad quod tempus reductio ab arbitramento ad arbitrarios peti possit, licet Bartolus in *d. l. societatem*, *n.* 22. dicat quæstionem hanc requirere decisionem Principis. Nam cum jus petendi reductionem à pravo & manifestè iniquo arbitratoris arbitrio ad arbitrium boni viri sit personale & petatur per actionem ordinariam,

con-

consequens est illud jus non nisi triginta annorum spatio præscribi, *per l. 3. C. de præscr. 30. annor.* A sententia autem arbitri compromissarii, quam barbaro vocabulo *laudum* appellant, reductio petenda est intra decem dies, ut in appellatione fieri debet, cujus ea reductio quædam species est, *l. pen. vers. sin autem post sententiam*, §. *de recept. arbitr.* Tractatur hæc quæstio apud *Gail. lib. 1. obs. c. 150.*

CAPUT XVII.

An litis contestatio aliter, quàm negativè ex parte rei fieri possit?

ANtiquitùs certæ actionum defensionumque formulæ à Jureconsultis erant compositæ, 2. §. *deinde 6. ff. de orig. jur.* quas necesse erat in jure apud prætorem præeuntibus jureconsultis à litigatoribus pronuntiari, quibus qui vel syllaba deerrasset, causa cadebat, de quo adi Pet. Fab. 1. *semestr.* 21. Ræward. *c.* 2. *de auct. prudent.* Negotio autem solemniter exposito, in id, quod intendebatur respondebaturque, testes ultro citroque adhibebantur, unde litis contestationis nomen, auctore Festo in voce *contestari add.* Cujac. *lib.* 9. *obs.* 21. Pet. Fab. 2. *semest.* 24. *Ræward. lib. sing. pro tribunal. c.* 11. A magistratu, qui aditus erat, exigebatur, ut judicium conciperet, & litigatoribus postulantibus daret, id est, agendi potestatem faceret. Id perficiebatur hac formula judicii reddita, siquidem ipse prætor rem suæ cognitioni reservabat. *Si paret Titium Mævio dare facere oportere, de eo judicium est, quo Titius condemnetur.* Quod si alium judicem prætor dabat, quod plerumque faciebat, pro his verbis *judicium est*, dicebat verbi causa, *Aquilius Judex esto, & Titium condemnato.* Reddebatur autem judicium eodem tempore quo lis contestabatur, unde factum, ut in usu juris idem exprimant post litem contestatam & post judicium acceptum: nec ante contestatio pro justa habebatur, quam judicio esset inclusa. Dato autem judice & judicio ordinato utraque pars invicem denuntiabat: ut ad judicem datum venirent, & ad eos, qui propter tribunal assistebant, hæc verba pronuntiabant, *Testes estote, &c.* iisque verbis dicebantur actor & reus litem contestari. Apud Prætorem igitur contestatio fiebat: judicis autem officium lite demum contestata incipiebat, *l. si reus 73. ff. de proc.* de quo fusius Rævardus ubi supra. Hæc monuisse vel eo conducit, ut ratio loquendi, quæ inde nata est, intelligatur. Nam ut prætor judicium dabat, reddebat, constituebat, ita litigatores judicium accipere, subire, suscipere dicebantur, cum potestatem causæ agendæ à prætore impetrassent, *l.* 2. §. 3. *l.* 3. *l. sed & si* 52. *ff. de judic.* Atque ex eo est, quod judicio dicitur contrahi, *l.* 3. §. *idem scribit* 11. *ff. de pecul.* Cæterum hæ formularum angustiæ una cum actionum impetrationibus pridem sublatæ sunt *tit. C. de form. & impetrat. act. sublat.* Testationis quoque solemnitatem etiam multo ante sublatam fuisse arguit, *l. un. C. de lit. contest.* ut deinceps nihil ad rem pertineat, quibus verbis quave formula quis agat: dummodo verbis utatur aptis & rei propositæ convenientibus, solaque maneat nunc litis contestatio, quæ cedat pro judicio dato & constituto, cum judex per narrationem negotii causa audita decernit, ut in eam rem probationes efferantur, *d. l. unic.* quæ cum sit Severi & Antonini, apparet jam tum veterem contestationem ut in usu non fuisse.

Cum autem ad litis contestationem hæc requirantur, propositio actoris, & ad eam propositionem responsio sive contradictio rei, *l.* 2. *pr. C. de jurejur. propt. calumn. l. rem non novam* 24. §. 1. *C. de judic.* rectè mihi sentire videntur, qui asserunt litis contestationem à parte rei non aliter, quam negativè fieri posse. Nam cum intentio actoris semper sit affirmativa, necessariò sequitur litis contestationem, quæ in contradictione posita est, non nisi in negatione à parte rei consistere posse. Ac proinde verissimum est, quod *Vigel. c. 1. de lit. contest. Obretb. c. 2. n. 16.* docent, per simplicem concessionem rei nunquam induci posse litis contestationem, quoniam ubi lis non est, nec fingi potest litis contestatio: lis autem esse non potest, nisi unus affirmet, alter neget. Denique qui ultrò se hosti dedit, certare velle dici non potest: Itaque nihil hic restat, quam ut Judex confitentem solvere jubeat, & ad id terminum statuat, ut bene *Salic. in d. l. un. C. de lit. cont. n.* 10. Dixi autem per confessionem simplicem: secus enim est si confessio implicitam habeat vel præsumptivè secuturam & reservatam contradictionem, veluti si confessus nihilominus ad ulteriora procedi postulet.

Objicitur hic nobis *d. l. 2. C. de jurejur. propt. cal. dand.* ubi ad litis contestationem desideratur dumtaxat narratio actoris & responsio rei: unde colligunt qualemcunque responsionem rei ad litem contestandam sufficere, sive ea in affirmando, sive in negando consistat. Sed hanc collectionem quis pro bona accipiat, & non potius dicat talem ubi intelligi à parte rei desiderari responsionem, qualem litis contestatio & contradictio exigit? Fallitur quoque *Gædd.*

in

in l. litis 36. ff. de verb. sign. dum per objectionem exceptionis confessioni subjectam litis contestationem affirmativè à reo fieri putat, veluti si dicat, fateor, sed pactus es, ne peras: talis enim objectio vi ipsa in se continet debiti & intentionis negationem: si quidem negatio aut affirmatio non ex verbis rei, sed ex intentione actoris in proposito æstimanda est. Quid quod nec per simplicem exceptionis objectionem videtur induci litis contestatio, per *c. 1. & 2. de lit. contest. in 6.* Nam utique lis omnis & omne certamen in contradictione consistit: nuda autem exceptionis objectio contradictionem non parit; quoniam utrumque verum esse potest, & quod actor intendit sibi deberi, & quod reus excipit, pactum intervenisse. Planè si actor hic non consistat; sed replicando se pactum esse neget, jam quidem lis certo contestata est, & quidem affirmante reo, actore negante: sed hic reus excipiendo & asserendo vices subit actoris, actor replicando & negando rei. *l. 1. ff. de except. l. in exceptionibus 19. ff. de probat.* Sed & si reo excipiente actor porrò in causa procedi postulet, satis eo ipso exceptioni rei contradicere videtur, & quod à reo dictum est, resolvitur in puram negotiationem: atque hactenus eorum sententia defendi potest, qui statuunt per objectionem exceptionis introduci litis contestationem. Illud omni dubio caret, per objectionem exceptionis quam vocant deficientis actionis statim induci litis contestationem: veluti si reus confiteatur quidem actionem aliquando actori competiisse, sed eam nunc ei competere neget, quia actio ipso jure sublata sit, pura solutione, acceptilatione, rei interitu: cæterùm talis allegatio propriè exceptio aut depulsio non est, sed inficiatio cum novi facti affirmatione conjuncta: inter quam & simplicem inficiationem hoc tantum interest, quod simplex inficiatio nihil apertè in judicium deducit, neque ulla hic incumbit neganti probatio. In conjuncta autem novi illa facti affirmatio in judicium deducitur, ac proinde à reo probanda est, *l. 1. C. de probat.* sed litis contestationem æquè inducit, ac simplex illa & mera facti inficiatio, quia principaliter eò spectat, ut ostendatur verè negare reum actionem actori competere, in quo omnes Interpretes conveniunt.

CAPUT XVIII.

An in controversiis de possessione aut rei proprietate solus locus rei sit forum competens, an verò & locus domicilii rei?

INter conditiones idonei Judicis una est, ut sit competens. Competentem Judicem sic generaliter definimus, cujus de ea re, de qua agitur, non potest, & proinde apud quem quis agere vel convenire debeat, sive cujus sit forum competens, hoc est, litigatorum proprium. Forum autem competens aut est ex partium consensu, & prorogatione jurisdictionis, aut ex sola juris auctoritate. De foro ex consensu partium, sunt textus in *l. 1. & 2. ff. de judic. l. si convenerit 18. ff. de jurisd.* Juris auctoritate & invitus quisque forum sortitur, tùm ubi domicilium habet, tùm ubi contracta est obligatio aut crimen commissum, tùm ubi res sita est, de cujus possessione aut proprietate agitur, *l. hæres 19. §. 1. §. 2. & ult. ff. de jud. l. 2. C. de jurisd. l. ult. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de poss. l. un. C. ubi de hæred. l. 1. & l. 2. C. ubi de crim.* Igitur etiam res, ut dixi, si de ejus possessione aut proprietate agatur, subjicit possessorem jurisdictioni ejus Judicis, in cujus territorio res sita est, quamvis neque domicilium ibi habeat, neque ibi contraxerit, *d. l. un. C. ubi de poss. d. l. ult. C. ubi in rem act.* Hic enim non tam personæ, quam rei ratio habetur; & ideo quoque superiorem eodem respectu inferioris jurisdictionem subire, & Academicum de re in loco studii sita conventum ad Rectorem revocare non posse plerique tradiderunt, Monach. *pr. jud. p. 2. c. 6. nu. 60.* Vult. *ad l. un. C. in quib. ca. milit. for. præsc.* eademque ratione receptum est, ut ex hac causa etiam clericus coram judice sæculari conveniri possit, Gail. 1. *obs.* 37. *n.* 4. Mynsing. 1. *observ.* 22.

Sed quæritur, an præter illum locum, ubi res sita est, sit etiam alius ubi quis de possessione aut proprietate rectè conveniatur, nimirum locus domicilii. Et si quidem de possessione, aut proprietate rectè conveniatur, nimirum locus domicilii. Et si quidem de possessione ut de ea primum dicam, momentaneo processu, qui extraordinarius est, agatur, veluti in casu, *l. si coloni 14. C. de agric. & censit. lib. 11.* aut simili, vix crediderim locum esse alium, qui forum tribuat, quam rei sitæ; eo quod processus ille momentaneus ob id instituitur, ne partes ad arma deveniant, quod solet fieri in ipso loco, ubi res de cujus possessione contenditur, sita est, & ne fiat, solius judicis, in cujus territorio sita est, interest. At verò si ordinario processu de possessione agatur, probarem communem Doctorum sententiam existimantium etiam alibi quam in loco, ubi res sunt sitæ, de possessione agi posse, nimirum eo in loco ubi conveniendus habet domicilium, idque reo etiam invito, ut actori facultas sit eligendi utro loco reum convenire volet, quamquam actualem possessionem nemo nancisci, nisi in loco

rei

rei sitæ potest, *l. 1. §. pen. ff. de acq. hær. l. un. pr. C. ubi de hæred. ag.* adde quæ Grœnevveg. *tract. de leg. abrog. ad tit. C. ubi de poss.* Atque hæc sententia tot locis probatur, quot legimus domicilium tribuere cuique forum competens & actorem sequi forum rei, quacunque actione agatur, ut disertè rescriptum est in *l. ult. C. ubi in rem act.* id autem semper habet reus in loco domicilii. Unus ferè Donellus *l. 17. com. c. 7.* ab hac sententia recessit contendens non solùm de possessione in loco, ubi res est, agi posse, sed etiam ibi agi debere, si reus ibi secum agi postulet: solùm hunc locum necessitati subjiciens; locum autem domicilii relinquens, non ut Interpretes communiter, arbitrio actoris, sed rei, *arg. l. un. C. ubi de poss.* Sed ad istam legem bene respondetur vulgò, loqui eam dumtaxat de foro proprio & speciali, ac proinde per istum textum non excludi forum omnium actionum commune, in quo scilicet, quisque conveniri potest quacunque ex causa, quale tribuit locus domicilii, *l. 2. C. de jurisdict. l. ult. C. ubi in rem act.* Sic in *l. un. C. ubi fideicommiss. pet.* dicitur fideicommissum ibi petendum esse, ubi hæreditas relicta est, non quod alio loco peti non possit; sed quia eo loco conventus agenti præscribere non potest, *l. si fideicommissum 50. §. ult. cum l. seq. ff. de judic.* Objicit Donellus & difficultatem quandam, atque incommodum quod circa executionem sententia lata ab alio Judice, quam cujus in territorio res sitæ sunt, parit: quam eandem difficultatem movet & in articulo sequenti cum de rei proprietate contenditur, ubi ad eam respondebimus.

In controversiis quoque de proprietate sive actionibus in rem speciale forum tribuit locus, in quo res, de quarum proprietate lis est, constitutæ sunt, quamvis possessor ibi domicilium non habeat, *l. ult. C. ubi in rem act.* Est autem & hic constans ferè omnium Interpretum sententia, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro omnium actionum communi, vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, constitutæ sunt, per text. express. in *d. l. un. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de hær. ag.* Fac. *l. 10. cum seq. ff. de rei vind.* Sed hic item Donellus, ut nunc loqui amant, singularis est, asserens in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi; sed unum tantùm esse forum rei, locum scilicet ubi sitæ sunt, ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium pati. Dictum autem textum in *l. ult. C. ubi in rem act.* cavillatione quadam eludere conatur: eo quod Imperatores ibi non simpliciter permittunt actionem in rem moveri, ubi res constituta est, sed moveri jubent, quasi verbis istis necessitatem ibi agendi imponant. Si hoc unum juberent Imperatores, rectè argumentaretur Donellus: sed cum vel ipso fatente duo jubeant, primum actorem rei forum sequi debere quacunque actione experiatur, sive in rem sive in personam, atque per hoc forum eodem quoque fatente non aliud intelligi possit, quam quod reus sortitur ex loco domicilii sui. Deinde si in rem agatur, etiam ibi ubi res constituta est, agi jubeant, *vers. sed & in locis d. l. ult.* quis non videt duo diversa loca ab Imperatoribus poni, quibus in rem actio moveri queat, & forum possessor sortiatur, locum domicilii, quasi forum commune actionum omnium & locum rei sitæ, ut forum actionum in rem proprium. Præcipuum autem opinionis suæ fundamentum ponit Donellus in *l. quod legatur 38. ff. de jud.* & sanè apertè Jurisconsultus illic ait, si per in rem actionem legatum petatur, ibi peti debere, ubi res est: sed non dubito, quin id speciale sit in re legata eo quod legatario sufficere debeat, si hæres, à quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco ubi res est, offerat solutionem, de qua etiam & ipsa rei legatæ præstatione præcipuè Jurisconsultus tractat: ut, proinde non malè responderi posse videatur, id quod Jurisconsultus ait, *etiam ibi peti debet, ubi res est*, vim & effectum solutionis respicere: quia si alibi petatur, hæres tamen eo loco, ubi res est eam solvere potest, quamquam alii aliter, Accurs. *in d. 38.* Duar. *ad tit. de judic. c. de for. comp.* Hotom. *lib. 3. obs. 7.* Fuse Voltej. *ad l. un. C. ubi fideic. pet.*

Quæ porrò hic incommoda Donellus objicit, nimirum facilè evenire posse, si possessor in loco domicilii conventus, jubeatur rem quæ alibi sita sit, restituere, ut nova lite pro rei executione opus sit, ea objectio non est magni momenti. Nam præterquam quod omnes magistratus inferiores mutuam sibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, incommoda hæc non tam esse possessoris, cui etiam commodius esse solet in loco domicilii sui conveniri, quam petitoris, qui sibi imputare debet, quod maluit cum incommodo suo agere in loco domicilii possessoris, quam rei sitæ. Quid quod idem incommodum etiam in actionibus in personam metui potest, in quibus & ipsis plerumque res aliqua præstanda venit, & quæ ob eamdem causam & ipsæ in loco rei sitæ dumtaxat intentari deberent. Postremò, quod apprimè notandum, non est ex

ra-

ratione Juris Romani in judiciis realibus ordinaria hæc procedendi atque exequendi via, ut possessori restituere jusso, nec parenti res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur, quanti petitor in litem juraverit, *l. ejus rei. 46. & l. seq. ff. de rei vind. l. 5. l. tutor. 8. ff. de in lit. jur.* quamvis id moribus Galliæ & nostris vix observetur, Zypæ. *in not. jur. Belg. de jurejur.*

CAPUT XIX.

An querela inofficiosi testamenti sit species petitionis hæreditatis?

TEstamentum inofficiosum est, in quo liberi aut parentes, aut fratres & sorores contra officium pietatis vel exhæredati sunt immeritò, vel immeritò præteriti; modo testamentum jure consistat, & nec his debita legibus portio relicta sit. Quod testamentum ut inofficiosum accusare possunt, & postulare, ut id tanquam tale rescindatur, qui iniquè se exhæredatos aut præteritos queruntur hoc colore quasi non sane mentis fuerit, qui testamentum ordinavit, *l. 2. l. 5. §. 1. l. Titia 13. ff. de inoff. testam.* & *pr. Inst. eod.* ac proinde quasi testamenti factionem non habuerit, *l. qui repudiantis, 17. §. 1. ff. eod.* qui color hic quæsitus fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim tabularum, quæ liberam undequaque testandi potestatem patrifam. concedit, *l. verbis. 120. ff. de verb. sign. per Instit. de leg. Falc.* Pro eodem autem dicunt veteres, agere, queri de inofficio, arguere, accusare, dicere inofficiosum, quæ legentibus passim in titt. hujus argumenti obvia, ut & nomina querelæ actionis, accusationis; nullo tamen nomine crebrius hoc judicium designatur, quam querelæ. Quid ergo est ne querela & ipsa actio? Sanè est, licet plerique statuant non esse, sed remedium aliquod ab actione separatam, sive implorationem tantùm officii judicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hæreditas vindicari queat. Sed non est, quod dubitemus affirmare: quod tot locis scriptum est, querelam ipsam actionem seu petitionem esse, perque eam, sic impugnari testamentum, ut simul vindicetur hæreditas. Qui dicit inofficiosum, eum Papinianus ait, hæreditatem petere, *l. 8. §. quoniam 8. ff. de inoff. testam.* Scævola petitionem hæreditatis exercere, *l. qui de inofficioso. 20. ff. eod.* Paulus in *l. eum qui 21. §. 2. ff. eod.* ait per querelam inofficiosi evinci hæreditatem. Ulpianus vindicari facultates, *l. si instituta 27. §. 3. eod.* Triphonius filium exhæredatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hæreditatis, *l. pen. ff. de bon. poss. cont. tab.* Imperatores Severus & Antonius ex causa inofficiosi testamenti hæreditatem peti, *l. 3. C. de petit. hæred.* Justinianus hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui, *l. si quis filium 34. C. de inoff. testam.* Atque hinc est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, *l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. pr. ff. eod. l. 2. C. eod.* hoc enim non alio pertinet, quàm ut is, qui ex causa inofficiosi hæreditatem petit, hæres esse videatur: quamquam in suis hæredibus hæc possessio non est necessaria, uti nec aditio, *d. l. 7. junct. l. in suis 14. ff. de suis & legit.* de quo consule Vigil. *ad rubr. & §. 1. Instit. de inoff. testam.* Duar. *c. 8. ad eund. tit.* Goveau. *lib. 1. var. lect. c. 1.* Quamobrem si quis à me petat ut quid sit querela inofficiosi testamenti, obiter definiam, dicam esse speciem petitionis hæreditatis, qua & testamentum rescindi postulatur, & simul vindicatur hæreditas, tanquam ab intestato delata cum Duar. *d. loc. c. 10.* Vigil. *ad d. rubr. n. 6.* Donel. *19. comm. 3.* Vaud. *2. var. quæst. 24.*

Communis verò interpretum nostrorum scola existimat, querelam esse judicium præparatorium, quo aditus patefiat ad judicium universale seu petitionem hæreditatis; sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis: atque ita duo hic esse judicia, quorum alterum scilicet querela, præcedat; alterum, petitio hæreditatis sequatur, quod verum non est: siquidem esse titulus inofficiosi causa est, ex qua vindicatur hæreditas, *l. 3. C. de petit. hæred.* neque duo hic judicia sunt, sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul petitur hæreditas, sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur, & simul res vindicatur, de quo disseruimus, *cap. 10.* Equidem fateor, querelam in multis differre à petitione hæreditatis simplici, de qua agitur, *tit. de petit. hæred.* sed ex eo non sequitur, per eam non peti hæreditatem, aut eam speciem petitionis hæreditatis non esse. Proferuntur autem duo potissimum argumenta quibus effici videtur querelam inofficiosi testamenti, petitionem hæreditatis non esse: quæ qualia sint, videamus. Primum tale est; Petitio hæreditatis datur solum adversus eum, qui cum hæres non sit, pro hærede prove possessore possidet, nunquam adversus hæredem, eumve, qui pro hærede est, bonorum puta possessorem aut fideicommissarium, *l. 9. & seqq. ff. de hæred. petit.* At querela datur adversus hæredem scriptum, contra fideicommissarium, cui restituta est hæreditas, *l. 1.*

l. 1. *C. de inoff. test.* contra præteritum qui accepit bonorum possessionem contra tabulas, *l. pen. ff. de bon. poss. cont. tab.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso hæredem, hæredem non esse, utique cum eo agi non tanquam cum hærede, sed tanquam qui hæres non sit, utpote scriptum ab eo, qui testamenti factionem non habuisse judicatur, *l. qui repudiavit* 17. *ff. de inoff. testam.* & proinde eum teneri, quasi pro hærede aut pro possessore possideret, ut disertè ab Imperatoribus Severo & Antonino responsum est de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hæreditas, *l.* 1. *C. eod. tit.*

Alterum argumentum est hujusmodi: Omnis petitio hæreditatis aut est ex testamento, aut ex causa intestati, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *ff. de hæred. petit.* Querela autem inofficiosi ex neutra causa est: non ex testamento, quia datur iis, qui testamento exclusi sunt: non ab intestato, quia quamdiu testamentum extat, & ex eo adiri hæreditas potest, causæ intestati non est locus, *l. quandiu* 39. *ff. de acq. hæred.* Sed quid hic respondendum sit, patet ex responsione ad objectionem præcedentem, nimirum querelam inofficiosi esse petitionem quandam hæreditatis delatæ tanquam ab intestato: quia prætenditur color dementiæ testatoris, qui ob id testamenti faciendi jus non habuerit: uti & revera si judex testamentum inofficiosum esse pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus omnia perinde habentur, ac hæreditas nunquam adita fuisset, *l.* 6. §. 1. *l. eum qui* 23. §. 2. *ff. de inoff. test.* Stet igitur hæc sententia querelam etiam ipsam actionem esse, & nimirum speciem quandam petitionis hæreditatis, qua vindicatur hæreditas tanquam ab intestato delata ex causa inofficiosi testamenti. Atque cum hac sententia ferè vi ipsa convenit, quod Joan. Fab. & alii ad *pr. Inst. d. tit.* notant, posse querelam cum petitione hæreditatis cumulari. Obiter addo, posse & per modum contradictionis seu per exceptionem, querelam induci, veluti si exhæredatus sit in possessione hæreditatis, & hæres scriptus hæreditatem petat, *l.* 8. §. *si filius* 13. *ff. eod. tit.* adeoque & liberum esse exhæredatio simplici petitione hæreditatis experiri, atque ita querelam inducere per modum replicationis. Paul. *lib.* 4. *sent. tit.* 5. *& ibi* Cujac. Illud non est magni momenti, quod quidam ex eo, quod petitio omnis ex causa peculii profectitii aut adventitii filio competens, patri detur etiam filio invito, *l.* 8. §. 3. *C. de bon. quæ lib.* querelam autem pater filii nomine instituere non possit, *l.* 8. *pr. ff. de inoff. testam.* colligunt, querelam non esse actionem aut petitionem. Nam hujus rei peculiaris est ratio, quia querela non competit nisi filius cujus solius injuria est, *d. l.* 8. *in pr.* ostendat sibi displicere factum parentis, à quo exhæredatus est, & ideò invito filio, non magis pater quæri potest, quam invitum cogere, ut hæreditatem adeat, adde, quod querela remedium est extraordinarium, & quodammodo odiosum: ac proinde tale, quod personæ exhæredati cohæreat. Duar. *cap.* 8. *tit. de inoff. test.*

CAPUT XX.

An in querela inofficiosi locus sit edicto successorio?

EDictum successorium est, cum liberis, qui primo loco ad successionem vocantur, repudiantibus admittuntur legitimi, & rursus his repudiantibus cognati: item cum repudiante proximiore agnato vel cognato admittitur sequens, *l.* 1. §. *quibus* 10. *&* §. *seq. ff. de success. edict.* Est autem huic edicto locus in bonorum possessione deferenda, ubi tabulæ testamenti nullæ extant, & ab intestato defertur hæreditas, de quo, *d. tit. de success. edict.* & præcipuè *d. l.* 1. §. 10. *&* 11. *& l.* 1. *& l.* 2. *C. eod.* Quæritur autem, an huic edicto successorio etiam locus sit in querela inofficiosi testamenti, hoc est, an si is, qui prior admittitur ad accusandum, nolit aut non possit accusare, sequens admittatur. Et placuit admitti, ut successioni sit locus, teste Paulo in *l. pen. pr. ff. de inoff. test.* & talis casus est, qui deciditur in *l. neptem* 7. *C. eod. tit.* Cæterum hoc in iis tantum procedit, qui si eos nemo ordine aut gradu præcessisset, statim citra ullum edictum successorium querelam movere potuissent, si videlicet exhæredati fuissent, aut præteriti, nemine eos præcedente in causa successionis ab intestato. Igitur hi præteri to exhæredatove, qui præcedebat, agere nolente, aut non valente, victove, admittuntur ad accusationem ordine successorio ex propria sua persona proprioque jure suo. Exemplum habemus in *l. pater* 14. *ff. eod. tit.* ubi proponitur casus hujusmodi. Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo in potestate retinuit. Emancipatus suscepto postea filio, utroque filio exhæredato, patre præterito decessit. Hic ordo postulat, ut primo loco ad querelam admittantur filii: Quod si illi non querantur, vel questi in judicio succumbant, succedit pater, atque intentio ejus, quæ antea in suspenso erat, impletur. In hoc enim & similibus casibus, qui præcedebant obstabantque, ne sequens ordo aut gradus ad accusatio-

tionem admitteretur, jam pro mortuis habentur, & paria habentur non extare, & extare quidem, sed queri amplius non posse. Non obstat quod hæres scriptus jam sententia judicis declaratus sit hæres: nam id verum quidem est ratione primi accusantis: sed sententia illa inter alios jus non facit, *l. sæpe constitutum* 63. *ff. de re jud. & tot. tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* Sed nec illud obstat, quod nepos in querela contra patris testamentum præfertur avo, ejusque causa potior est, unde dicendum videatur, si scriptus à patre hæres vicit filium defuncti, eundem magis debere vincere patrem ejus, per regulam: Si vinco vincentem te, multo magis vinco te. Etenim non eadem hic est vincendi ratio. Filius quidem defuncti potior est avo suo defuncti patre in eo, quod in successione ab intestato prior est causa liberorum. At filius judicio victus est, quia justè exhæredatus judici visus quem oportet non minus benè merita avi perpendere, quam delicta & malè merita nepotis, quæ avo nocere æquum non est, *arg. l.* 3. §. *si emancipatus, ff. de bon. poss. cont. tab.* Similiter & fortiori quidem ratione, *arg. l. nam & si* 15. *pr. ff. de inoff. test. l.* 7. §. *ff. unde lib.* si filius à patre exhæredatus querelam repudiaverit, aut ea instituta judicio victus sit, aut quomodo agere non possit, nepos ex eo natus admittitur ad querelam ex propria sua persona, *l. pen. pr. ff. de inoff. testam d. l.* 3. §. *emancipatus* 5. *in fin. ff de bon poss. cont. tab. arg. l.* 7. *ff. de his qui sui, vel al. jur.* nec hic spectari debet an jam nata fuerit querela filio, an verò ante querelam delatam decesserit: quoniam nepos non ex ea succedit quæ filio delata est; sed ex persona propria: eodem plane modo, quo filio deficiente vel repudiante ex successorio edicto ad bonorum possessionem unde liberi admittitur nepos, *l.* 1. §. *quibus* 10. *ff. de success. edicto.*

Cæterum non caret hæc postrema species omni scrupulo. Objicitur primum *l. si quis postumo* 2. §. 2. *ff. de lib. hær. & post inst.* ubi Paul. scribit, si filium exhæredavero, nepotemque ex eo præteriero & extraneum hæredem scripsero, & filius post mortem meam licet ante aditam hæreditatem decesserit, nepotem succedendo non rupturum testamentum, & ita Julianum, Pomponium & Marcellum respondisse. Idemque in nepote posthumo præterito & filio exhæredato juris esse Ulpianus auctor est, nempe hunc nepotem filio post mortem patris deliberante hærede instituto de adeunda hæreditate defuncto, testamentum avi agnascendo non rumpere, *l.* 6. *pr. ff. de injust. rupt. irr. test.* Itaque hic filius exhæredatus obstat nepoti prærerito: & obstat, ut Papinianus ait, jure testati, quamvis nihil obstet jure intestati, id est, quominus hic nepos scripto hærede repudiante atque ita testamento destituto ab intestato suus hæres avo existat, *l. scripto* 7. *ff. unde liberi, d. l.* 6. *pr. vers. plane si, ff. de injust. rupt. l.* 1. §. *sciendum* 8. *ff. de suis & legit. hær.* §. *cum autem* 7. *& seq. Inst. de hær. quæ ab intest.* Respondeo, obstat filius nepoti in casibus supra memoratis, ne nepos præteritione sui rumpat testamentum avi, id est, ne nepos agnascendo aut quasi agnascendo ipso jure testamentum avi evertat, quantumvis natus ex filio suo hærede à patre exhæredato. Atque ita procedunt loci modo citati. Et sic etiam nepos ex filio emancipato eoque exhæredato natus ob sui præteritionem non admittitur jure prætorio ad bonorum possessionem contra tabulas, *l.* 4. §. 1. *ff. de bon. poss. cont. tab.* Quippe hic filio, qui exhæredatus est, satisfactum est, valetque ipso jure testamentum, etsi nepos præteritus sit: nec scripto hærede adeunte potest nepos in locum sui hæredis succedere, ex capite secundo legis Velleja, quoniam mortis tempore eum filius præcessit, *l. Gallus* 29. §. *sequenti* 11. *ff. de lib. & post. l. si quis filium* 34. *C. de inoff. test.* nec ad bonorum possessionem contra tabulas admitti; quia præteritio nepotis hoc casu pro exhæredatione est; & prætor exhæredatos non agnoscit, *d. l.* 4. §. 1. *junct. l.* 8. *pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* Attamen querela huic nepoti non denegatur, quando filius queri aut non vult, aut non potest: quippe hic admittitur nepos ex edicto successorio, quoniam ipse immeritò præteritus est: quo casu testamentum quidem valet, quia præteritio ista vice exhæredationis est, cæterum admittitur ad querelam, quæ datur adversus testamentum ipso jure validum: & licet per exhæredationem filii satisfiat formæ & solemnitati internæ, quæ jure civili ad sustinendum testamentum sufficit, non tamen satisfit juri naturali, non pietati, non officio paterno vel avito. Neque vero hæc contraria sunt, testamentum non rumpi, & tamen adversus id, ut inofficiosum, dari querelam: ut enim querela competat, necesse est testamentum non rumpi. §. 2. *Instit. de inoff. test.* Facilius verò querela datur, quam testamentum rumpitur: ratio est, quia rupti testamenti jus statim vitiatur, nec ex eo locus unquam patet scriptis hæredibus. At potest querela competere: ut tamen nihilo magis testamentum rescindatur.

Secundò objicitur *l. si quis filium* 34. *C. de inoff. test.* quo loco Justinianus ait, nepotem olim

olim ubi filius exhæredatus non præparata querela decessisset omne adjutorium dereliquisse, cum tamen sententiam nostram ex jure veteri defendamus: Justinianus autem disertè jus vetus corrigit, primusque constituit, ut filius querelam etiam non præparatam transmittat ad nepotem, ut nepos in hac causa à vetustate neglectus, à suo inquit, rigore recreetur. Et nominatim excipit quatuor casus, quibus filio ante querelam præparatam mortuo, nepotem à querela removet juri antiquo convenienter. 1. Si probet hæres scriptus filium exhæredatum ingratum fuisse. 2. Si filio certa quantitas minor legitima parte relicta sit; tunc enim nepotem vult agere ad supplementum quartæ. 3. Si filius querelam repudiavit. 4. Si filius per quinquennium tacuit, ita ut querelæ præscriptum sit. Ergo jure veteri secus se hæc res habuit, filioque non præparata querela mortuo nepos sine exceptione exclusus fuit. Respondemus, Justinianum eo loco non agere de nepote ex propria persona accusare volente, sed loqui de transmissione querelæ, id est, eo casu, quo nepos ex persona patris sui querelam movere vult, & tunc locum habent quatuor istæ exceptiones. At nos agimus de nepote, qui ex propria sua persona accusare cupit ex edicto successorio; quod & olim nepoti licuisse dicimus, & nunc etiam licere, nec ei obesse ingratitudinem patris, nec ejusdem repudiationem, aut ejus quinquennale silentium. Et liberum itaque nepoti erit vel ex persona patris agere ob transmissam ad se querelam ex *d. l. si quis filium, C. de inoff. testam.* quod & interdum ipsi utilius esse potest, puta si nepos ex justa causa sit præteritus, pater autem immeritò exhæredatus: vel ex persona sua, si melius faciliusque de sua, quam patris pietate docere possit. Atque ita ferè post Azonem, Bartolum, Dyn. Castrensem Costallius, & Anton. Rubeus, ad *l. pater 14. ff. eod. tit.* Donellus 19. *comm. 7. & ibid. in not.* Osvvald. Hillig. Dissentiunt Bachovius ad *Treutl. disp. de inoff. thes.* 4. Alciatus *lib. 4. paradox. c. 16.* fluctuat, ut & alii ferè Gomezius 1. *var. resol.* 11. *n.* 21. hanc quæstionem altam & subtilem vocat, licet & ipse dissentiat, victus iis objectionibus, quas nos videmur prorsus removisse.

CAPUT XXI.

An liberi justè exhæredati connumerentur in computatione legitimæ, seu an cæteris partem faciant.

QUæstionis hujus sensus est, an liberi justa ex causa exhæredati re ipsa adhuc inter liberos annumerentur; perindeque habeantur, ac si partem suam accepissent, ad eum nimirum effectum ut cæterorum legitimam minuatur & tanta nec major sit, quam quanta fuisset nemine exhæredato? Veteres uno verbo hoc dicunt partem facere. Quæstio non minus, quam illa superior & proximè precedens, alta, profunda & difficilis, de qua consultus Raphaël Cumanus non habuit, quod responderet, teste Jasone in *auth. novissima, C. de inoff. test.*

Dynus & Salicetus in *d. auth. novissima* putant eum, qui justè exhæredatus est, non connumerari, id est, in computatione legitimæ partem non facere. Igitur secundùm hanc sententiam, si pater unum ex duobus filiis meritò exhæredaverit, alteri exhæredato legitimam reliquerit, hujus legitima erit quadrans, non sescuncia, hodie triens, non sextans. Bart. in *l. pater filium 14. ff. de inoff. test.* contra putat eum, qui justè exhæredatus est, connumerandum, & in computanda quantitate portionis legitimæ partem aliis facere, proinde ex Bartoli sententia, si pater ex duobus filiis alterum justè exhæredaverit, alteri autem legitimam reliquerit, is cui legitima relicta est, habebit dumtaxat sescunciam, hodie sextantem, per *l. 8. §. quoniam autem 8. ff. de inoff. testam.* Alii putant melius esse si media hic via ineatur, ut quantitas legitimæ statuatur ex facti contingentia, & quidem si exhæredatus repudiaverit querelam, aut eam instituerit quidem sed judicio victus succubuerit, magis esse ut hoc casu partem non faciat, sed pars ejus accrescat fratri in legitima instituto, *per l. filio 16. pr. ff. eod.* quippe hunc demum juste exhæredatum dici, qui non potest amplius cum successu queri, & ad eum propriè quæstionem propositam pertinere, propterea quod hujusmodi exhæredati pro mortuis habentur per *l. qui repudiantis in fin. 17. ff. de inoff. test. l. 1. §. sed & si 5. ff. de conjung. cum emanc. lib. l. si post. 10. §. liberi 4. & §. seq. ff. de bon. poss. cont. tab.* & sic procedere sententiam Dyni & Saliceti. Cæterùm si exhæredatus nec repudiaverit querelam, nec post eam motam victus sit, hoc casu, quia nondum apparet, utrum partem aliquam sit accepturus, nec ne, interim partem eum facere, argumento ducto à contrario sensu ex *d. l. qui repudiantis, & l. si ponas 23. §. ult. de inoff. test.* atque hoc modo defendi posse opinionem Bartoli.

Pendet autem decisio hujus tam arduæ quæstionis ex alia huic affini & tantum non eadem; nimirum an & quando in querela inofficiosi locus sit juri accrescendi? quam ob cau-

causam è re erit de ea prius cognoscere, quam quid certi definiamus de proposita. Et quidem si quis cum duos haberet filios, utrumque exhæredavit, & utrique legitimam reliquit, hoc casu frustra disputatur de jure accrescendi aut parte facienda: quoniam neuter vel inofficiosum testamentum dicere potest; vel ad supplementum agere. Sed ponamus casum diversum. Pater duos habens filios utrumque exhæredavit, & neutri legitimam reliquit. Hoc casu cum uterque queri possit, si unus tantum querelam moveat, alter interim partem facit, ita ut ille qui queritur, tantum semissem hæreditatis petere debeat; ita tamen ut si alter postea accusare nolit, aut tempore exclusus sit, pars ejus accrescat ei, qui egit & obtinuit, *l. filio 16. l. si ponas 23. §. ult. ff. de inoff. test.* & hoc de eodem casu agit Paulus in *l. qui repudiantis 17. ff. eod.* ubi ait eum, qui repudiavit querelam, partem non facere his, qui ideo quod legitimam non habent, querelam movere volunt. Quod si tamen alteruter in solidum egerit, antequam alter querelam repudiasset, & casu aliquo obtinuerit, puta quod scriptus hæres eum non repellebat: alteri etiam, qui non repudiavit, victoria proderit, arg. *l. 6. §. 1. ff. eodem.* Ponamus rursus alium casum. Pater è duobus filiis exhæredatis alteri dumtaxat legitimam reliquit, alteri nihil: atque ita satisfecit primo, non autem secundo. Secundus non queritur, sed primus, & dicit sibi non esse relictam integram legitimam: cum enim secundus, qui solus queri potest, non queratur, ait sibi quasi nunc soli filio deberi quartam omnium bonorum, non sescunciam aut quartam semissis. Hic, inquam, primus, cui portio legitima relicta est, neque querelam movere potest, neque ex constitutione Justiniani ad supplementum agere. Ratio est, quia factum illud patris legitimam secundo exhæredato non relinquentis non debet prodesse primo, qui portionem debitam habet. Et hoc casu exhæredatus alteri partem facit: quia scilicet necesse est eum alteri partem facere, cum ejus deficientis portio alteri quartam habenti, ac propterea querela excluso, per quam solam ad hæreditatem poterat pervenire, accrescere non possit, & hic est casus, qui tractatur in *l. 8. §. quoniam 8. ff. de inoff. testam.* Quod si exemplum ad jus τῶν νομῶν accommodare velimus, ponendus casus, quo pater extraneo hærede scripto unum ex filiis in legitima instituit alterum exhæredavit; & sic porrò. Atque hæc quidem ita procedere fatentur, qui mediam, quam dixi, sententiam sequuntur, si secundus, qui legitimam non accepit, taceat, & querelam, quam movere potest, non instituat. At secus esse existimant, si secundus repudiaverit querelam, aut in ea victus sit, aut præscriptione quinquennali exclusus: tunc enim primo sescuncem non sufficere ad legitimam, sed ei deberi quadrantem; aut nunc trientem: ac proinde jure veteri, quia integra legitima ei relicta non est, de inofficioso agere, & totam hæreditatem vindicare posse, *l. qui repudiantis 17. l. si ponas 23. §. ult. ff. de inoff. test.* Ex constitutione autem Justiniani quia utique partem legitimæ habet, superesse ei actionem ad supplementum, *l. omnino 30. C. eod. tit.* Cur autem secundo repudiante querelam, aut ea quocumque modo amissa, primus jam rectè de inofficioso agat, ad supplementum petat, hanc esse rationem, quia secundus postquam queri posse desiit, pro mortuo habetur, *per d. l. qui repudiantis in pr. fin. ff. eod. l. 1. §. sed & si 5. ff. de conjung. cum emanc. lib.* Sed malè mea quidem sententia: Nam juri accrescendi locus dari non potest, nisi ab initio utriusque querela competierit. Si verò unus exhæredatorum querela ab initio exclusus sit, eo quod legitima ei relicta, huic alter; qui non queritur, partem facit non modo interim & quandiu alter adhuc queri potest: sed etiam quando queri posse desiit. Sic enim Ulpiani hanc quæstionem decidentis in *l. 8. §. quoniam 7. ff. de inoff. test.* hæc verba *an exhæredatus partem faciat, qui non quæritur, &c.* accipienda sunt, nempe qui non quæritur omnimodo, sive quia semel agere noluit, sive quia judicio victus aut tempore exclusus est. Omnino enim distinguendum est inter querelam, in qua locus est juri accrescendi, & legitimam relictam, in qua non item, V.C. qui habet mille in bonis & duos filios, utroque exhæredato, sed uni 125. nomine legitimæ relictis decessit, quæ quarta pars est portionis ab intestato huic uni debitæ. Jus ita fuit, ut cui legitima integra relicta esset quocumque titulo, querela excluderetur: si verò vel minimum deesset, admitteretur, in quo utroque aliquid postea innovatum. Si igitur is, cui vel nihil vel minus relictum, & qui ob id queri de inofficioso potest, non queratur, an per hoc alter querelam nanciscatur, quam non esset habiturus priore querente? Sic visum mediæ sententiæ auctoribus: quia cum remoto fratre jam solus sit: nomine legitimæ jam illi debeantur 250. sed contra deciditur in *d. l. 8. §. quoniam.* scilicet nihil amplius eum consecuturum, & per illa 125. quæ ipsi nomine legitimæ relicta sunt, querela excludi. At po-

pone utrumque exhæredatum & neutri quid legitimæ nomine relictum esse: hoc casu si unus non queratur exclusus repudiatione vel tempore, is alteri partem non facit, ac proinde alter, cui querela integra, testamentum in totum subvertit, atque ex asse ab intestato succedit.

Ex his jam opinor, apparet, qui statuendum sit de quæstione proposita, utrum is, qui justè exhæredatus est, inter liberos adhuc numeretur, ita ut partem iis, quibus legitima relicta est, faciat nec ne? nimirum numerari & in computatione legitimæ partem aliis facere secundùm sententiam Bartoli. Ratio solida, quia nulla hic est conjunctio, ac proinde nec jus accrescendi. Etenim ritè & justè exhæredatus nec ad hæreditatem vocatur ex testamento, quippe quo exclusus est; neque ab intestato, quia ad successionem intestati venire non potest, nisi testamento per querelam everso. Sed nec prætor exhæredatione notatos ad bonorum possessionem contra tabulas invitat, *l. non putavit* 8. *ff. cont. tab.* Adde quod cum adversus patrem ingratus fuerit, commodum ejus partis hæredis esse debet, cujus esse pater voluit. Juri vero accrescendi tunc locus est quando quid de portione deficiente fieri debeat, nec lex nec testator cavit. Hic autem testator voluit eam acquiri hæredi instituto, *per l. si pactum 9. ff. de probat. auth. boc amplius, C. fideicomm.* ac justa est patris voluntas quoad hunc filium ingratum. Aliud est, si utrumque filium immerenter exhæredavit, & alter non agat: quia tunc voluntas ejus ratione utriusque filii injusta est. Denique delictum unius non debet prodesse alteri. Non obstat, quod alicubi dicitur exhæredatum pro mortuo haberi: id enim verum est, quantum attinet successionem ejus, à quo exhæredatus est: cæterum non est trahendum extra terminos suos: nec argumentum ductum à bonorum possessione contra tabulas, in qua exhæredati nunquam petentibus partem faciunt: nam cum exhæredati à contra tabulas bonorum possessione, tanquam peregrini, in totum arceantur, nec partem ibi facere possunt. Sed quando unus de inofficioso queri potest, justè exhæredatum ei partem facere dicimus, sed tunc quando alter ob id quod legitimam accepit, nullum jus de inofficioso agendi & legitimam hæreditatem petendi habet. Ita rectè post Bartolum Donellus *lib. 19. comm. l. 9.* & Helligerus *in not. ib.* Bachov. *ad Treutl. disp. de inoff. test. thes.* 15. atque hanc opinionem, ut saniorem laudat, Pet. Greg. Tolosanus *lib.* 44. *syntagm. c. 5. n.* 7. Diss. cum Dyn. Salicet, Sichardus *in d. auth. novissima, n.* 27. De filiabus statuto exclusis res minus dubia: quoniam cum filiæ extantibus masculis statuto in totum exclusæ, nullum jus succedendi aut querendi habeant, partem facere non possunt, sed perinde hujus effectus intuitu habentur, ac si non essent: & intelligitur statutum voluisse cæterorum portionem augere, Bachovius *ut supra.*

CAPUT XXII.

Legitima sit ne bonorum quota, an hæreditatis? & an recipiat ullum gravamen?

AD neutram harum quæstionum simpliciter aut affirmando aut negando responderi potest. Nam ad priorem quod attinet, si ponamus filio justè exhæredato legitimam esse relictam titulo singulari, tunc utique legitima non hæreditatis, cujus nullam partem exhæredatus obtinet, sed bonorum quota est, ut & quarta ex constitutione divi Pii, *l.* 2. §. 1. *ff. fam. ercisc.* §. 3. *Inst. de adopt.* Idemque dicendum est, si institutus quidem sit filius, sed aut in re certa adjuncto ei cohærede simpliciter scripto vel ex parte assis, aut certis rebus contentus esse jussus sit, quo casu legatarii loco habetur, ut neque actiones hæreditarias exercere, neque à creditoribus hæreditariis conveniri queat, *l. pen. C. de hæred. Inst.* §. *si quis* 9. *Inst. de fideic. hæred. l. si legatus* 30. *ff. multum interest* 3. *ff. ad Senat. Treb.* At ex diverso si filius hæres institutus sit vel in ipsa legitima quæ olim erat quarta pars debitæ ab intestato portionis hodie ejusdem portionis triens aut semis pro numero liberorum, *Nov. de trient. & semiss.* vel ex parte aliqua hæreditatis, puta ex uncia, sextante, &c. hic ut filius revera hæres est ita & legitima erit quota hæreditatis. Fieri enim non potest, quin ea pars, quam tanquam hæres jure hæreditario habeo & titulo institutionis, sit pars hæreditatis: Male igitur, Gail. 2. *observ.* 119. *num.* 12. & *obs.* 120. *num.* 2. post Salicetum alios in *l. scimus* 36. *in fin. C. de inoffic. testam.* generaliter & simpliciter definit, legitimam esse quotam bonorum, eo quod accipitur deducto ære alieno, *lib.* 8. §. *quarta* 9. *ff. de inoff. testam.* & bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verb. sign.* Inepta ratio: nam & in ponenda ratione legis Falcidiæ ante deducitur æs alienum, §. *ult. Instit. de leg. Falc.* cum tamen in confesso sit, quartam Falcidiæ esse partem hæreditatis, atque in eam nihil aliud imputari, quam quod hæres jure hæreditario capit, *l. in quartam* 91. *pr. ff. ad leg. Falc.*

Falc. Antequam enim summa constituatur, unde legitima aut quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiri, quid in patrimonio & bonis defuncti sit habendum: siquidem ex eo filius legitimam, τὸ νόμιμον μέρος, hæres quartam habere debet. Ex eo autem non sequitur, filium ex portione legitima institutum, eam portionem non habere jure hæreditario aut tanquam partem hæreditatis, ut nulla onera hæreditaria sustineat. Sed hic nobis via aperitur ad quæstionem alteram, nempe an legitima recipiat ullum gravamen?

In hac quoque quæstione distinctio adhibenda est, & primum discernenda onera, quæ ex dispositione testatoris proficiscuntur, ab iis, quæ exurgunt ex ipso jure hæreditario. Non recipit legitima ullum onus aut gravamen, quod ex testamento vel ex ulla alia dispositione testatoris oriatur, *l. quoniam* 32. *C. de inoff. testam.* Et ratio est, quia legitima non ex judicio testatoris, sed ex provisione legis debetur, cui consequens ut gravamen legitimæ impositum, pro non adjecto habeatur, Fac. *d. l.* 32. & *auth. novissima, C. eod.* Gail. 2. *obs.* 119. *n.* 2. Et igitur non poterit legitima gravari fideicommisso, vel alio substitutionis onere; in tantum, ut nec nuda ejus proprietas liberis relinqui queat deducto usufructu. Cujus rei hæc ratio est, quia si usufructus aliis relinqueretur, differretur legitimæ præstatio contra *d. l.* 32. & mirum est dissentire Cæpollam *cautel.* 21. cum disertis verbis Justinianus constituat, ut filius legitimam pleno jure habeat, nec sufficiat nudam legitimæ proprietatem filio relinquere, sed necesse sit simul relinquere ipsum jus utendi fruendi, *Nov.* 18. *c.* 3. *auth. novissima, C. de inoff. testam.* Atque hoc modo accipiendum est, quod identidem inculcatur; legitimam non recipere ullum onus, dilationem, moram, modum, aliudve gravamen, *l. omnimodo* 30. *d. l. quoniam* 32. *d. l. scimus* 36. *C. de inoff. testam.* nempe non recipere, ex voluntate aut dispositione testatoris, neque hic refert jure hæreditario legitima obtineatur, atque ut pars hæreditatis, an ut quota bonorum. Cæterum quod attinet ad ea onera, quæ ex ipso jure hæreditariæ portionis emergunt, ea haud dubiè etiam ad portionem legitimam pertinent quando ea obtinetur titulo institutionis; & jure hæreditario, veluti cum filius ex ea aut parte aliqua assis institutus est: quamvis secus sit, cum ea obvenit ut pars bonorum; quod evenit; cum filio justè exhæredato relicta est, aut si institutus quidem sit filius, sed in re certa adjecto cohærede indefinitè, aut ex parte hæreditatis scripto, ut supra diximus. Sed utique, quando filius, ut hæres legitimam obtinet, consequens omnino est, ut ad eum quoque onus æris alieni pro rata hæreditatis parte pertineat. Similiter nec quartæ Trebelliani potest ullum opus imponi ex dispositione testatoris, nec ea fideicommisso gravari potest, & tamen hæres fiduciarius pro rata parte sustinet onus æris alieni, & pro quadrante à creditoribus hæreditariis conveniri potest, *C. sed quia* 7. *Inst. de fideic. hæred.* Nullam autem neque hic quarta senatusconsulti, neque illic triens aut semis legitimus deminutionem patitur. Non obstat, quod legitima dicitur accipi deducto ære alieno, *l.* 8. §. *quarta* 9. *ff. de inoff. testam.* Id enim pertinet dumtaxat ad eam computationem, qua ad calculum revocatur quantum sit in legitima, nihilque aliud eo significatur, quam quod in computatione bonorum defuncti ineatur etiam ratio æris alieni, ut sciri possit, quantum eo deducto legitimæ nomine debeatur, non quod filius hæres in ea portione institutus non teneatur pro rata respondere creditoribus hæreditariis. Sic in ineunda ratione quarta Falcidiæ etiam initur ratio æris alieni, §. *ult. Inst. de leg. Falc.* non ob id, quod hæres nomine æris alieni à creditoribus hæreditariis conveniri nequeat, sed tantùm ut sciatur, quantum testator in bonis habuit, unde Falcidia deducenda: in bonis autem id solum habere intelligimur, quod deducto ære alieno superest *l. subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verb. sign.*

CAPUT XXIII.

Petitio hæreditatis an detur contra possidentem titulo singulari?

PEtitio hæreditatis est actio in rem, qua hæreditatem nostram & per hæreditatem res singulas hæreditarias petimus ab eo, qui quid earum pro hærede vel pro possessore possidet. Competit igitur ei hæc petitio, qui hæreditatem, quam petit, suam esse intendit, utpotè vel ex testamento vel ab intestato sibi delatam, & sibi sive per se, sive per alios acquisitam, *l.* 2. *l.* 3. *ff. de hæred. petit.* esse hanc petitionem actionem in rem plerisque locis disertè traditum est, *l. sed & si* 25. §. *propen. ff. de hæred. petit. l.* 1. *l. sin autem* 27. §. 3. *ff. de rei vind. l.* 1. §. *ult. ff. si pars hæred. petit.* Cæterum ita in rem est, ut tamen habeat præstationes quasdam personales, *d. l.* 25. §. *propen.* propter quas mixta personalis appellatur, & demum 30. annorum præscriptione summovetur, *l.* 7. *C. de pet. hær.* & inter bonæ fidei ju-

judicia numeratur, §. *actionum* 28. *Inst. de action.* licet cæteræ in rem sint arbitrariæ, §.*præterea* 31. *Inst. eod.* Datur adversus eum, qui quid hæreditarium pro hærede prove possessore possidet, dolove malo fecit, quominus possideret, *l.* 9. *l.* 13. §. *pen. l. sed & si* 25. §.*perinde* 8. *ff. d. tit.* Pro hærede possidere dicitur, qui putat se hæredem esse, *l. pro hærede* 10. *ff. eod.* Pro possessore possidet tùm prædo, qui nullam aliam causam affert, quam quod possideat, *d. l.* 10. §. 1. & 2. *ll. seqq. eod.* tùm is, qui affert quidem aliquam, sed injustam & inutilem: omnibus enim titulis inutilibus hic pro possessore hæret & adjunctus est, id est, omnes hi tituli recipiunt & in se habent titulum pro possessore, ut qui eos allegat, pro possessore possidere, & hæreditatis petitione teneri intelligatur, *l. nec ullam* 13. §. 1.*ff. eod.* ubi obiter notandum, etsi omnis prædo pro possessore possideat, non omnem tamen, qui pro possessore possidet, prædonem haberi, veluti si titulum, licet inutilem, alleget, *d. l.* 13. §. *si quis* 8.*ff. eod. add.* Goed. *ad l.* 109.*de verb. sign. n.* 7. & *seqq.* Quod si quis justo aliquo titulo rem hæreditariam possideat, veluti pro empto vel donato, res vindicanda est speciali in rem actione; quæ simpliciter adversus quemcunque possessorem datur, *l.* 7. *C. eod. tit. l.* 4. *C. in quib. ca. cess. long. temp. præscr.* Hanc autem dissimilitudinem peperit dissimile jus petitorum. Nam qui speciali actione in rem agit, aut dominus est, aut jus affine dominio habet, cui semper æquum est rem restitui. Semper enim dominus plus juris habet in re sua, quam quilibet etiam justissimus possessor, *l.* 9. *ff. de rei vind. l.* 3. *C. eod.* At qui hæres est, non idem continuò & dominus rei hæreditariæ. Quid enim si defuncto commodata sit, aut apud eum deposita. Equidem fieri posse non nego, ut hæres idem sit, & dominus: sed quia contra etiam fieri potest, ut is sit dominus, qui rem pro emptore, pro donato, pro legato possidet, in pari causa possessor potior haberi debet, *l. in pari* 128. *ff. de reg. jur.DD. in d. l.* 9. Sichard. *in l.* 2. *C. eod.* Zas. *parat. ff. eod. n.* 7. Sed enim hoc ipso quod quis hæres est, plus juris habet, quam is, qui pro hærede possidet, aut pro possessore, sive causam suæ possessionis afferat, sive non. Nec verò alios titulos possessio hæreditatis admittit, cum nemo alius nominis jurisque hæreditarii controversiam faciat: nisi qui pro hærede vel pro possessore possidet, *d. l.* 9. *de hæred. petit. l.* 7. *C. eodem*, Cujac. 10. *obs.* 1.

Atque hoc quidem jus in directa petitione hæreditatis perpetuum est. Utilis autem petitio hæreditatis datur bonorum possessori, quæ vocatur possessoris hæreditatis petitio, item fideicommissario, id est, ei cui ex senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas; quæ fideicommissaria hæreditatis petitio: ac de utraque tituli proprii in π. Ex contrario quoque utili petitione tenentur, bonorum possessor non verus, id est, qui putat se bonorum possessorem esse, cum non sit, *l. pro hærede* 11. *ff. eod.* 6. fideicommissarius, qui hæreditatem à falso hærede accepit, *d. l. nec ullam* 13. §. *sed & si* 6. *ff.eod.l.* 1. *C. de inoff. test.* Item emptor, qui hæreditatem aut partem universi juris emit à non vero hærede, *d. l.* 13. §. *si quis* 8. Sed ita demum emptorem conveniri placet, si aliter res petitori salva esse non potest, aut si non expediat petitori hæreditatem à venditore peti, quem directa petitione teneri certum est, *d. l.* 13. §. *quid si quis* 4.

Excutiamus jam, quod in quæstione est, an petitione hæreditatis teneatur, qui quid hæreditarium possidet titulo singulari? Non una autem hic utendum distinctione. Possessor aut nullum titulum allegat, qui in specie dicitur pro possessore possidere, aut allegat titulum, sed universalem, scilicet pro hærede: & uterque hac petitione, tenetur: aut allegat titulum singularem, & hunc vel in universitate sive hæreditate aut parte hæreditatis, & nonnullo casu utili petitione hæreditatis, ratione objecti sic dicta, conveniri potest, *d. l.* 13. §. *quid si quis* 4. *ff. l.*2.*C. eod.* vel in re singulari,& hunc iterum vel provenientem ex actu inutili & jure invalido, veluti si quis rem ab uxore donatam pro donato se possidere dicat, aut pro dote, quam accepit ab impubere sibi nupta, & tenetur tanquam possidens pro possessore, *d. l.* 13. §. 1. vel ex actu utili & jure valido, puta eo, quod se rem emisse, aut sibi donatam legatamve esse, atque hisce titulis se possidere affirmet: & non tenetur sive bona sive mala fide possideat, *l.* 7. *C. de petit. hæred. l.*4. *C. in quib. caſ. cess. long. temp. præscr.* Illud porrò hic cavendum, ne confundamus possessorem rei singularis cum possessore titulo singulari: his enim petitione hæreditatis non tenetur, etiamsi, ut modo dixi, possideat mala *fide*, sed res ab eo vindicanda est speciali in rem actione: ille verò hac actione tenetur, tametsi bonam fidem habeat, seque hæredem esse putet. Finge unam aliquam rem hæreditariam & vel minimam pro hærede ab aliquo possideri, is hac petitione tenetur non minus, quam si totam hæreditatem ejusve bonam partem eodem modo possideret, *l.* 9. & *l. seq. in pr.* Ratio est, quod is, qui vel unam rem hæreditariam

riam pro hærede tenet, possidet totam hæreditatem & universi juris successionem sibi asserit, aut asserere potest, ac proinde hic etiam universalis actio institui debet, licet executio tantum fiat in re unica possessa. Cacheran. *decis.* 84. Semper enim & principaliter in hanc petitionem venit hæreditas; at per consequentiam etiam singulæ res hæreditariæ: ut in definitione expressum est, *l.* 7. §. *ult. ff. de except. rei judic.*

CAPUT. XXIV.

An ei, qui non possidet, actio aliqua jure prodita sit qua consequatur impensas in rem alienam factas?

DE qualitate impensarum, quæ in rem alienam, fructuum quærendorum aut colligendorum conservandorumve gratia factæ sunt, non est laborandum, cum hæ omnes citra ullam distinctionem ab omnibus possessoribus deducantur, *l. si à domino.* 36. §. *ult. ff. de hæred. petit. l.* 7. *pr. ff. solut. matrim.* ubi hæc ratio à veteribus redditur, quod fructus non intelligatur, nisi quod deductis impensis superest. Ubi verò in rem ipsam impensæ factæ proponuntur, hic illa tripartita impensarum distinctio constituenda est, quod aut necessariæ sunt, aut utiles, aut voluptariæ, *l.* 1. *ff. de impens. in rem dot. fact. l. impensæ* 79. *ff. de verb. sign.* quia non omnium in deductione eadem ratio. Necessariæ sunt, quæ si factæ non essent, res aut interitura fuisset, aut deterior futura. Utiles, quæ fructum quidem augent, sed quibus non factis, res non minus integra foret. Voluptariæ quæ speciem, τὸ εἶδος dumtaxat ornant, sine ulla utilitate, *d. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. 5. 6. & 7. *de impens. in rem dot. d. l.* 79. *per tot. de verb. sig.* ubi & exemplis hæ definitiones illustrantur. Necessariarum impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus etiam iis, qui mala fide possident, *l. planè.* 38. *pr. de hær. petit. l.* 5. *C. de rei vind.* quoniam hæc deductio non personæ possidentis, sed causæ tribuitur, ne scilicet petitor cum damno possessoris, (cui nulla hoc nomine culpa objici potest, quod rem alioqui petituram servavit) lucrum faciat, *d. l.* 38. *ff. de hæred. petit.* Non obstat, *l.* 1. *C. de infant. expos. l. ex argento.* 13. *ff. de cond. furt.* loquuntur enim de rebus mobilibus & fure, cujus conditio propter continuationem furti non debet melior fieri, *l. inficiando* 67. §. 2. *ff. de furt.* Fachinc. 1. *controv.* 34. In utilibus autem servandis melior est conditio bonæ fidei possessoris, quam possessoris malæ fidei. Bonæ fidei possessor, qui in rem alienam utiles impensas fecit, v. c. in aliena area ædificium posuit, eas deducere, id est, servare potest per retentionem opposita doli mali exceptione, si dominus rem suam vindicet, non oblata restitutione pretii materiæ & impensarum, *l. sumptus.* 48. *ff. de rei vind. d. l.* 38. *ff. de hæred. petit.* Et hoc est, quod Gajus in *l.* 7. §. *ex diverso.* 12. *ff. de acq. rer. dom.* & Justinianus §. 30. *Instit. de rer. divis.* ajunt, si in possessione, constituto ædificante soli dominus petet ædificium, nec solvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei, possessor fuerit, qui ædificavit: nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & injuria fidei locupletior, *l.* 14. *ff. de condict. ind. l.* 1. *ff. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque dumtaxat dandam, quo res facta est pretiosior, *l. in fundo* 38. *ff. de rei vind.* & ita demum, si fructum ante litem contestatam perceptorum modum excedant, *d. l. sumptus.* 48. *l. emptor.* 65. *ff. eod. tit.* Nam qui suum dumtaxat recipere vult, nihil dolo facit, *l. nihil dolo.* 129. *ff. de reg. jur.* nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impensæ minuantur. Apparet autem ex *d. l.* 38. *de rei vind.* jus hoc non esse perpetuum, sed regulare dumtaxat, atque pro varietate circumstantiarum aliud atque aliud æquitate suadente statui posse, multaque in hoc articulo arbitrio permittenda bonæ fidei judicis. Malæ verò fidei possessoris deterior in hoc genere impensarum conditio est: quippe cui nulla eo nomine deductio concessa, *l.* 5. *C. de rei vind. l. Julianus* 37. *in fin. ff. eod. l.* 7. §. *ex diverso* 12. *ff. de acq. rer. dom.* 1. Ratio est, quia si is item simili exceptione se tueri velit adversus dominum vindicantem, culpa ei objici potest, & à domino replicari, quod temerè & sciens ædificaverit in solo alieno, ac proinde tantum non sua ipsius voluntate materiæ proprietatem amiserit, §. *ex diverso* 30. *Inst. de rer. divis.* æquum quidem esse, ut sumptus per errorem facti retentione rei serventur, *l. sin autem* 27. §. *ult. ff. de rei vind.* at qui improbè facti sunt, restituendos non esse *l.* 3. *C. de ædif. privat.* Enimvero si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri possit, licet sciens non tamen animo donandi hujusmodi sumptus fecisse, aliud dixerim, per *l.* 2. *C. rei vind.* veluti si ædificaverit in solo litigioso: dicam id sui juris possessionisque tuendæ causa potius fecisse, quam animo donandi. Quid igitur est, quod Paulus scribit in *d. l.* 38. *ff. de hæred. petit.* etiam in persona prædonis rationem haberi utilium impensarum,

ne petitor ex aliena jactura locupletior fiat? Respondemus, Paulum non dicere prædonem etiam tales impensas deducere, sive per retentionem opposita doli mali exceptione servare posse; sed hoc tantum in hujus quoque persona haberi rationem impensarum necessariarum & utilium: nempe hactenus, ut necessarias quidem deducat, quarum deductio possessoribus omnibus tributa, *l. 5. C. de rei vind.* utiles verò sine læsione rei tollat: hoc enim solum ei permissum est, *d. l. 5. d. l. Julianus in fin. de rei vind.* nec aliter tamen, quam si sublato eo, quod posuit, aliquid lucri laturus sit, neque tantum ei offerat petitor, *d. l. 88. ff. eod.* Etenim eum stricto jure ne tollendarum quidem utilium impensarum prædoni potestas sit, rectè dicitur in ejus quoque personam harum impensarum ratio haberi, cum facultas eas tollendi ex æquitate ei conceditur. Quod si petitor pro jure suo *d. l. 38. ff. eod.* pati nolit, ut eas impensas possessor tollat, hic jam & earum deducendarum potestas ei permittitur, ne quod ait Jurisconsultus in *d. l. 38. ff. de hæred. petit.* ex aliena jactura petitor lucrum sentiat: quæ ratio in impensis utilibus hoc demum casu locum habet: non autem si paratus sit petitor, ut tollantur. Voluptariarum impensarum quatenus tales sunt nulla deductio est, cessante videlicet causa, quæ huic deductioni locum facit. Planè si probetur petitorem easdem impensas facturum fuisse, aut rem habere venalem, & propter hæc impendia, plus consecuturum, *arg. d. l. 38. & l. 29. ff. de rei vind.* impensæ quæ per se voluptariæ sunt naturam induunt utilium, & locus fit exceptioni doli ad eas servandas, si modo bonæ fidei possessor sit, qui eas fecit; nam prædoni probe dicetur, non debuisse eum in rem alienam supervacuas impensas facere. Utique tamen qui per exceptionem servare has impensas non potest, ei potestas est tollendi, quod sine detrimento rei tolli potest, etiamsi malæ fidei possessor sit, ut diserte à Gaio responsum est, *l. utiles 39. §. 1. ff. de hæred. petit.* idque contra juris apices ex humanitate concessum.

Hactenus nihil aliud audivimus, quam quod quædam impensæ à quocunque possessore deduci, id est, posita doli mali exceptione per retentionem rei servari possint, nempe impensæ necessariæ, & à bonæ fidei possessore regulariter quoque utiles: voluptariarum, qua talium, deductionem non esse, tolli tamen posse sine læsione prioris status rei. Huic autem deductioni seu rationi servandi impensas per exceptionem locus esse non potest, nisi is, qui impensas fecit, rem, in quam eas fecit, possideat, & ab eo domiuus rem suam vindicet. Quid ergo si is, qui sumptus fecit, domino possessionem tradiderit non deductis impensis, an non hoc casu actio aliqua ei jure prodita, qua ultro cum domino experiatur, & sumptus à se factos repetat: Nusquam certè id in libris juris nostri traditum est. Et quænam, quæso, huic actio accommodari posset salva ratione juris? Vindicationem & actionem ad exhibendum sustulit lex duodecim tabularum. Actio de tigno juncto adversus eum solum comparata est, qui ipse tignum junxit, & junxit alienum suis ædibus aut vineæ suæ, *l. 1. ff. de tign. junct. l. in rem. 23. §. pen. ff. de rei vind.* Sed nec actioni in factum secundùm definitionem *d. l. 23. §. item quæcunque 5. vers. ideoque*, hic locus esse potest: quomodo enim in factum actio adversus eum dabitur, cujus nullum factum intervenit? si qua hic actio sub aliquo colore dari queat, ea erit aut negotiorum gestorum, aut condictio indebiti: sed neutra quoque harum competere potest. Non negotiorum gestorum, quia qui in rem tanquam suam aliquid impendit, suum negotium, non alienum gerit; qua ratione quoque ei denegatur repetitio, *l. 5. C. de rei vind.* & generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut qui ab alio repetant, aut alium sibi obligent, *l. 4. C. de negot. gest. l. in hoc 14. §. 1. vers. diversum est. ff. comm. divid.* neque enim actus agentium operantur ultra eorum intentionem *l. non omnis. 19. pr. ff. de reb. cred.* Non condictio indebiti, nam ut differit Julianus in *l. si in area 33. ff. de cond. indeb.* qui possessionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum transfert: sed tantum quod suum est, dominus suo jure recipit. Et extat generalis definitio Pomponii, ex quibus causis retentionem quidem habemus: petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeti non posse, *l. ex quib. 51. ff. de cond. indeb.* nec enim solus error solventis aut tradentis condictionem parit, nisi simul aliquid faciat accipientis. Sed quid opus est ire per inductionem? De singulis si quis dubitet, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse, quam per retentionem: hæc verba sunt Juliani, *l. si in area in fin. ff. de cond. ind.* Paulus in *l. 14. ff. de exc. dol. mal.* ait non posse eum, qui in alieno solo ædificavit, aliter sumptus consequi quam si possideat, & ab eo dominus soli rem vindicet. Papinianus in *l. sumptus 48. ff. de rei vindicat.* negat expressè sumptus in alienum prædium factos peti posse, nec si facti à bonæ fidei possessore, sed tantum exceptione doli oppositа æquitatis ratione posse servari. Idem non obscurè indicat Pompon. *l. 21. ad SC. Trebell.* in verb.

verb. *retentiones, quas solas habens*, quo loco pro *similem eum esse*, rescribe *non similem*, cum viris eminentibus Ant. Fabro & Hugone Grotio in *sparf. flor.* Hoc autem remedium cum non alii competere possit quam possidenti, non licet nobis contra manifestam rationem juris & tot expressos locos, contra *l. 1. l. 9. l. ult. C. de legib.* aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti data scilicet actione ad impensas ultro repetendas, idque solo æquitatis obtentu, deficiente causa & fundamento, in quo actio radicetur: scilicet jure nostro facilius alicui actione ab alio instituta, exceptione opposita in eodem judicio succurritur; quam actio inducitur, quæ non nisi ex certis principiis juris nascitur, ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit: nisi jure civili aut prætorio adjuvetur. Argumento sit pactum nudum, quod quamvis actionem non producit, ad exceptionem tamen paciscenti prodest, *l. juris gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. & seq. ff. de pact.* Et sic æquitas, quæ hic prætenditur, producendæ licet exceptioni potens, ad producendam actionem satis roboris non habet, & est instar spiritus, qui attollendo solo potens, non valet erumpere, quomodo novas interdum terras incontinente nasci Plinius scribit, *lib. 2. not. hist. c. 85. & seq.*

Non desunt tamen hic dubitandi causæ, & primum hic nobis objici potest regula generalis ex *l. 1. ff. de cond. sin. caus. sin. caus. l. si & me 32. ff. de reb. cred. l. nam hoc 14. ff. de cond. indeb. l. id quod nostrum, ff. de reg. jur.* nempe rem meam, quæ ad te pervenerit sine facto meo, sine causa, reddi mihi oportere. Respondeo, nec sine facto meo, hic rem ad alium pervenisse, quia ædificavi in alieno; nec sine culpa, quia aut temerè id feci, si non bona fide possedi, aut negligenter, si possessionem tradidi aut amisi; nec sine causa apud alium esse quia quod beneficio rei suæ, & jure accessionis cuique acquiritur, id justa ex causa quæsitum censetur, *l. in rem. 23. §. 3. & 4. ff. de rei vind. l. 7. §. voluntas 8. & seqq. de acq. rei dom.* Denique potest bon. fid. possessor fructus perceptos ante litem contestatam & adhuc extantes compensare cum expensis, *l. sumptus. 48. ff. de rei vind.*

Secundo obstare videtur *l. 5. C. de rei vind.* ubi etiam malæ fidei possessori datur impensarum saltem necessariarum repetitio. Respondeo ex eo quod dicitur impensarum esse repetitio, non continuò sequitur eo nomine etiam actionem esse, sufficit enim esse repetitionem suo modo, videlicet per exceptionem & retentionem. Quippe petere & repetere etiam is dicitur, qui utitur exceptione, *l. 1. ff. de excep. l. amplius. 15. ff. rat. rem. hab.* neque aliter in *d. l. 5. C. de rei vind.* hoc verbum accipi potest, quoniam ibi agitur de ædificatore constituto in possessione.

Tertio putat D. Cujacius, *lib. 10. obs. 4.* posse non possidentem, saltem eum, qui per errorem non deductis sumptibus rem restituit, possessionem repetere condictione incerti; atque ita adhuc contra agentem opposita doli exceptione sumptus servare: *argum. l. si uxor filio. 19. §. 1. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. qui exceptio. 40. §. 1. de conditionib. indebit. l. hæres. 21. ff. ad senat. Trebell.* Hoc commentus est vir doctissimus, cum non videret, ut ingenue fatetur, qua ratione sumptus in prædium alienum à possessore facti jure actionis repeti possint, & tamen putaret remedio aliquo etiam in hoc casu ei consulendum. Ego vero contra ingenue quoque profiteor, me non posse videre, quid loci isti pro hac Cujacii sententia faciant. Nam in *d. l. si uxor filio.* ne γρῦ quidem de impensis in rem alienam factis & *d. l. hæres*, tantum abest, ut Cujacii sententiam juvet, ut etiam ei adversetur, sicut supra ostensum est, *add.* Ant. Fabrum *decad. 26. err. 10.* Denique aliena planè est ab hac disputatione, *d. l. qui exceptionem*, §. 1. & si quæ forte similes. Mutuum enim interest, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi, impensas faciat, de quo loquitur, *d. l. exceptionem* §. 1. (loquitur enim de hærede fiduciario, qui domum quam ex fideicommisso debebat restituere, sua impensa refecit,) an suo nomine tamquam in rem propriam, qui casus hic à nobis propositus est, per textus in *l. 14 §. 1. ff. comm. divid. l. 1. C. de rei vind. l. 4. C. de negot. gest.*

Postremo Martinus Glossator, eumque secutus Joannes Goddeus in *l. impensæ. 79. ff. de verb. sign.* objiciunt verissimæ huic sententiæ *l. 6. §. 3. ff. de neg. gest. l. 8. ff. de pig. act. lib. 7. §. ult. ff. sol. matrim.* ex quibus locis evinci putant, utilem utique negotiorum actionem in proposito non possidenti dandam: sed frustra. Nam in *d. l. 6. §. 3.* agitur de eo, qui ad res alienas, tanquam alienas gerendas aliumque sibi obligandi animo accessit, licet eo proposito, ut lucrum inde faceret, & res quasdam interverteret, in reliquis duabus de iis agitur, qui sumptus fecerunt in rem, quam ex contractu & à domino acceperunt, quos certum est vel actione contraria vel negotiorum gestorum impensas in eam factas consequi posse. Ita post Cyn. Salic. Castrensem, *in d. l. 3. C. de rei vind.*

Don. 20. *comm.* 7. Ant. Fab. *dec.* 29. *err.* 9. *& seqq.* Cæterum Martini sententiam æquitatis commendatione nunc in foro prævalere testantur Molinæus *ad consuet. Parisiens. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 5. *num.* 104. Zypæ. *notit. jur. Belg. de re vind.* Grœnevv. *de leg. abrog. ad* §. 30. *Inst. de rer. div.* & plures eodem loco allegati.

CAPUT XXV.

An bonæ fidei possessor fructus omnes tam naturales, quam industriales percipiendo suos faciat?

ETiam tritas & vulgares quæstiones incudi redere prohibitum non est: aliquando expedit propter inventa temporis & usus. Cujusmodi quæstiones duas in præsentia tractare visum est; unam hoc capite, an bonæ fidei possessor indistinctè fructibus omnes, quos percepit, suos faciat? alteram capite proximè sequenti, an perceptos omnes & adhuc extantes domino rem suam vindicanti restituere debeat.

Si quis à non domino, quem dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus quos percepit, ejus esse pro cultura & cura. Ita Justinianus in §. 35. *Inst. de rer. divers.* convenienter sententiæ verum, *l. qui scit.* 25. §. 1. *l. in pecudum.* 28. *ff. de usur. l. bonæ fidei* 48. *ff. de acq. rer. dom. cum simil.* Quod de fundo ait, idem est & in re quavis alia fructum producente. Res igitur quæ hic perceptione acquiritur, sunt fructus, id est, id omne, quod ex re nascitur, sive quod res fert. Persona acquirentis est bonæ fidei possessor, id est, qui rem animo dominantis tenet & justam causam habet, ob quam existimet rem ad se pertinere, puta eum, a quo eam justo titulo accepit, dominum fuisse, aut jus habuisse alienandi, *l. bonæ fidei* 109. *ff. de verb. sign.* Malæ igitur fidei possessores huc non pertinent. *d.* §. 35. *l.* 22. *C. de rei vind. l.* 3. *C. de cond. ex leg.* Modus acquirendi est perceptio. Perceptioni enim hæc acquisitio tribuitur, idque naturali ratione propter culturam & curam, ut ait Justinianus *d. loc.* Percepti fructus dicuntur, simul atque à re qua tenebantur, separati sunt: in fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spica aut fœno cæso uva adempta, excussa olea, nucibus aut pomis dejectis aut decerptis, licet nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, *l. si fructuarius* 13. *ff. quib. mod. ususf. am. l. qui scit.* 52. §. 2. *ff. de usur. l. si ejus fundi.* 78. *ff. de rei vind.* in animalibus cum fœtus editus, lac expressum, lana detonsa est, *l. in pecudum.* 28. *ff. de usur. l. bonæ fidei.* 48. §. 2. *ff. de acq. rer. dom.* quamquam interdum verbo percipiendi aliquid amplius designatur, quam simplex illa, quam dixi, fructuum à re separatio, *d. l.* 48. *pr. vers. denique, d. l.* 78. *ff. de rei vind.* At enim perceptio non est sola nec præcipua hujus acquisitionis causa, neque sola culturæ aut curæ hic ratio habetur: alioqui idem etiam probandum esset in malæ fidei possessore: sed principalis causa est in persona possessoris, nimirum bona fides, quæ facit: ut possessor penè pro domino haberi debeat, *d. l. n.* 5. §. 1. *ff. de usur. d. l.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* & tantum præstat possidenti, quantum rei veritas, ubi lex impedimento non est, *l. bona fides* 136. *de reg. jur.* Perceptio verò magis est causa fine qua non.

Quæsitum autem est, an non fructuum conditio & qualitas aliquid de hoc acquisitione mutet, an verò omnes indistinctè ad eam pertineant. Fructum à ferendo dictum esse scribit Varro, *lib.* 4. *de ling. lat.* ut sit id omne, quod res fert. Nostri autem cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei percipiuntur: cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, reditus annui, vecturæ. Quamvis enim hæc propriè fructus non sunt, *l. si navis* 62. *ff. de rei vind. l. usura* 121. *ff. de verb. sign.* in fructus tamen numerantur, quia vicem fructuum obtinent, *l. usura* 34. *l. prædiorum.* 36. *ff. de usur. l. mercedes.* 29. *ff. de hæred. petit.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *d. l.* 62. *de rei vind. l. ancillarum* 27. §. 1. *&* 3. *ll. seqq. ff. de hæred. pet.* Cæterum de isto genere hic non quæritur. Fructus naturales sunt, quos natura ex re ipsa producit. Et horum quidam ferè solo naturæ beneficio & αὐτομάτως, sponte magis, quam facto & labore hominum proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum, &c. aut natura quidem adjutrice; cæterum opera magis & diligentia, ac cultura hominum, cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata, item fructus pecudum: quippe quæ sine cura & cultu hominum salvæ esse non possunt. Illos naturales in specie, hos industriales, interpretes appellaverunt, propterea quod nisi continua quædam atque in orbem rediens cultura, cura atque industria hominis interveniat, sola natura hos non producit. Et huc pertinet illud Senecæ, 2. *de benefic.* 11. *Nihil in fructum* per-

pervenit, quod non à primo usque ad extremum æqualis cura prosequitur. Petita autem est hæc distinctio ex *l. fructus* 45. *ff. de usur.* atque evidenti ratione nixa est. Hoc igitur hic quæritur, an fructus tam naturales, sic in specie dicti, ad hanc acquisitionem pertineant, & percepti bonæ fidei possessoris fiant, quam industriales, de quibus nulla hic controversia? Ego in ea sententia semper fui, ut existimaverim qualitatem fructuum nihil de hac acquisitione mutare, bonæque fidei possessorem non minus fructus naturales, quam industriales percipiendo suos facere. Rationes hæ sunt. 1. Quia generaliter & sine ulla fructuum distinctione loquitur Imperator *d.* §. *si quis à non domino* 35. item Jurisconsulti in *d. l. bonæ fidei* 84. *ff. de acq. rer. dom. l.* 13. *ff. quib. mod. ususf. am. l. si ejus.* 78. *ff. de rei vind.* 2. Quia ratio Gaii in *l. in pecudum.* 28. *ff. de usur.* dicentis ideo fætum pecudum, lac, pilum, lanam, fieri bonæ fidei possessoris, quia in usu sunt, & ipsa fructus omnes complectitur. 3. Faciunt huc textus in *l.* 13. *ff. quib. mod. ususf. am. l. si ejus* 78. *ff. de rei vind.* ubi & olea mox cum percepta sive excussa est, & fœnum, simul atque cæsum & à solo separatum est, bonæ fidei possessoris fieri expresse traditum est. At olea vel maximè fructus naturalis est; quippe quam nec rastros desiderare, aut falcem ullamve curam testantur Virgilius *lib.* 2. *Georg.* Plinius *lib.* 15. *nat. hist. cap.* 1. Fœnum autem quin fructus quoque naturalis sit, & spontaneus, nemo, opinor, negabit. 4. Evincit hoc idem ex eo quod de fructibus consumptis traditur, dominum de his agere non posse, sed possessorem bonæ fidei eos lucrari, videlicet eos ipsos, quos percipiendo interim suos fecerat, *d.* §. 35. *Instit. de rer. div.* §. 2. *Instit. de offic. jud. l.* 4. §. 2. *ff. fin. reg. l. certum.* 22. *C. de rei vind.* Et igitur cum omnes lucretur, consumptos omnes quoque perceptos suos interim facit. 5. Omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. l.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* ubi sic scribit: *Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex re aliena suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini penè est.* Glossa quidem & DD. communiter hæc verba Pauli, *sed omnes*, restringuunt ad fructus industriales, qui alterius quam bonæ fidei possessoris opera provenerunt. Sed hoc oppido quam inconcinnum & violentum est. Quis enim non videt, verbum *omnes* à Jurisconsulto non ad operantes, sed ad fructus ipsos referri, eoque designari fructus diversi generis & qualitatis ab iis, quos dixerat opera possessoris provenire? Quod ipsum evincit & ratio, quam mox subjungit, *quia quod ad fructus attinet, loco domini penè sit*, quam eandem rationem & Julianus affert, *l. qui scit.* 25. §. 1. *ff. de usur.* cui & illud simile, quod idem Julianus ibidem scribit, bonæ fidei possessorem fructus jure soli percipere, atque in fructibus percipiendis magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam semini, ex quo oriuntur, spectari: unde apparet, industriam aut operam non esse τὸ οὗ ἕνεκα, causam hujus acquisitionis principalem: nam si jure soli fructus à bonæ fidei possessore percipiuntur, utique omnes qui in solo nascuntur, etiam οἱ ἄσπαρτοι καὶ ἄκαρποι ad hanc perceptionem & acquisitionem pertinent, ejusdemque omnes in hac causa conditionis sunt. Postremo si bonæ fidei possessor sibi acquirit fructus etiam ab alio satos, in quos ipse neque operam neque curam ullam impendit, quanto magis suos faciet naturales, qui cura illius, si non nascuntur saltem conservantur.

Objicitur huic sententiæ, *d.* §. *si quis à non domino.* 35. *Inst. de rer. divis.* ubi Justinianus ait, placuisse fructus perceptos fieri bonæ fidei possessoris pro cultura & cura. Respondeo, vix ulla res est, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur agri, curantur pecora, plantæ putantur, arbores, vites, aut omnibus notum est. Oleæ quoque attonderi & interradi gaudent teste Plinio *lib.* 15. *c.* 1. Sed & si qui fructus sine cultu aut procuratione humana proveniant, ut sylvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus sylvestres, nihilo tamen minus ad hanc aquisitionem pertinent. Nam, ut supra diximus, præcipua & adæquata hujus acquisitionis causa est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tamquam alter quidem dominus jure soli fructus percipiat, cui consequens est, ut percipiendo etiam suos facit eos, in quos neque culturam neque curam impendit, τοὺς αὐτομάτους, sive spontaneos, qui in specie naturales ab interpretibus vocantur. Tantum quia ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidit, ut fructus sine cultura aut cura non proveniant, ratio hæc à Justiniano expressa est.

Maximè autem huic sententiæ obstare putatur locus Pomponii in *l. fructus* 45. *ff. de usur.* Verba Pomponii hæc sunt: *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit: illos tamen, quos suis operis acquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit; vel ex sylva ceciderit, non fit ejus; sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus nascitur.* Et hoc loco satis perspicuè probari credunt plerique interpretes, fructus naturales, id est, spontaneos & qui ex facto & operis bonæ fidei possessoris non nascuntur, ad

bonæ fidei possessorem non pertinere. Expendamus verba. Quid igitur ait Jurisconsultus? Non cujuslibet bonæ fidei possessoris fieri fructus, qui ex facto ejus non nascuntur. Ne hoc quidem nos negamus, sed hoc dicimus, eum possessorem bonæ fidei, qui ex justa causa & titulo legibus non improbato rem ab eo, quam dominum esse putabat, accepit, fructus omnes ex ea re perceptos suos facere: Hoc autem non negat Pomponius: quippe qui non dicit nullius bonæ fidei possessoris tales fructus fieri, sed non cujuslibet quam enuntiationem non esse generalem, sed particularem ostendit nota particularis attributionis, quæ hic est negatio universalis. Qui dicit. Non cuivis homini contingit adire Corinthum, is tacitè fatetur alicui hoc contingere, & cum idem Pomponius *l. 6. pr. ff. de cont. empt.* ait non cujuscumque rei venditionem aut alienationem esse, id non hanc habet sententiam, nullius rei esse venditionem, quod falsum esse vel pueri sciunt, sed quarundam dumtaxat rerum non esse, nempe earum, quas vel natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt; cæterarum autem rerum esse, *d. l. 6. pr. l. si in emptione* 34. §. 1. *ff. eod.* igitur in hac enuntiatione: *Non omnis aut non quilibet bonæ fidei possessor fructus naturales suos facit*; cum consequens non omni antecedenti attribuatur, sed solummodo ejus parti alicui, satis apparet, Pomponium non eodem jure omnes bonæ fidei possessores censere: & tacite duo genera ejusmodi possessorum facere; unum eorum, qui fructus naturales suos non faciunt; alterum, qui hos etiam suos faciunt. Atque ita est, non omnis bonæ fidei possessor fructu omnes percipiendo suos facit; sed is solum, qui justo titulo possidet causamque justam habet, cur existimet rem ad se pertinere. Qui autem justo titulo destituitur, quamvis in jure errans se dominum factum putet, naturales fructus suos non facit, ne cui ignorantia juris in compendiis prosit, contra *l.* 4. *l.* 7. *l.* 8. *ff. de jur. & fact. ign.* & interdum nullos *l.* 13. *pr. de cond. ind.* licet alioqui non malæ, sed bonæ fidei possessor existimari debeat, quicunque dolo caret, etsi in jure errat, *l. sed & si* 25. §. *scire* 6. *ff. de hær. pet. l. ubi lex* 24. *l. si fur.* 32. §. 1. *ff. de usuc.* nec sequitur, injustè possidet, sed titulo inutili atque invalido, ergo mala fide. Possessor prædii minoris sine decreto alienari possidet injustè, bona tamen fide possidet, si ignorans rem esse minoris aut in jure errans rem emit, & fructus industriales propter bonam fidem suos facit, *l.* 2. *C. si quis ign. rem min.* Talis enim est possessor fundi dotalis à marito alienati, item rei litigiosæ, & qui à falso tutore emit, *l.* 13. §. *ult. ff. de publ. in rem act.* Nam ubi lex impedimento est, bona fides in compendiis possessori non prodest, *l. ubi lex* 24. *ff. de usuc. l. bona fides* 136. *ff. de reg. jur.* Toties autem impedimento est, quoties possessorem vult teneri in quantum locupletior factus est, ut possessorem hæreditatis, *d. l.* 25. §. *consuluit* 11. *de hær. pet.* item in casu *l. si fructus* 8. *C. de donat. int. vir. & uxor.* & denique, qui ex ea causa possidet quæ postea ad non causam redacta est, *l.* 3. *ff de cond. indeb.* Atque de hoc genere bonæ fidei possessorum verba Pomponii, *sicuti nec cujuslibet*, &c. accipienda sunt; quippe qui & soli similes sunt conjugi rem à conjuge donatam possidenti, & in lucris cæterorum bonæ fidei possessorum jure non censentur. In eo autem dissimilitudo est, quod conjux fructus industriales quos percepit, restituere non teneatur, quoniam eos non tantum jure permittente, *l. de fructibus* 17. *ff. de don. int. vir.* sed etiam volente conjuge percepit: cæteri nisi fructus consumpti sint teneantur, de quo uberius *quæst. seq. vid.* Ant. Fab. 4. *conj.* 17. Pinell. *in l.* 1. *C. de resc. vend. p.* 2. *c.* 4. *n.* 60. Fachin. 1. *contr.* 17. Timæ, Fab. *disp. ann.* 14. *Thes.* 5. Bronch. *cent.* 3. *assert.* 78. Vult. *disc. schol. c. ult.* Paul. Bus. *ad d. l.* 45. Tulden. *ad d.* §. 35. *Inst. de rer. div. c.* 50. & quod ad praxim attinet. Groenevv. *in ll. abrog. ad l. certum* 22. *C. de rei vind.* Pinell. *d. loc.* Cyprian. Reg. *ad d.* §. 35.

CAPUT XXVI.

An bonæ fidei possessor fructus omnes, quos percepit, Domino rem suam vindicanti restituere teneatur?

Superiore capite satis abundeque probavimus bonæ fidei possessorem justo titulo subnixum fructus omnes, quos percepit, tam naturales & spontaneos, quam industriales suos facere. Videndum porrò, an quos ita percipiendo suos fecit & semel sibi acquisivit, domino superveniente & rem suam vindicante retinere possit? an vero omnes & quosdam restituere teneatur? In hac quoque quæstione concedo in sententiam τῶν νεωτέρων, distinguentium inter fructus adhuc extantes & consumptos, ut illos quidem omnes domino rem suam vindicanti restituere bonæ fidei possessor teneatur, hos autem omnes lucretur sine ullo metu restitutionis. De fructibus pendentibus, id est, qui nondum à solo separati sunt, nulla est controversia: nam cum hi fructus pars esse fundi in-

intelligantur, utique cum ipso fundo & ipsi vindicatur & restituendi sunt, *l. fructus.* 44. *ff. de rei vind.* Sed quæritur de extantibus, id est separatis quidem a re, qua tenebantur, sed nondum consumptis, an illi omnes domino restituendi, an verò naturales duntaxat? Et omnes sine distinctione restituendos esse multa evidenter arguunt.

Primum illud, quod Justinianus scribit, de consumptis fructibus dominum agere non posse, §. *si quis* 35. *Inst. de rer. div.* §. 2. *Inst. de offic. jud.* & Paulus *leg.* 4. §. 2. *ff. fin. reg.* bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Unde ex contrario rectè colligitur, de non consumptis seu extantibus adhuc, licet à solo separatis, dominum agere posse eosque bonæ fidei possessorem non lucrari.

Deinde si bonæ fidei possessor eosdem fructus quos percepit & percipiendo suos interim fecit, ante consumptionem eorum domino vindicanti restituere debet, utique omnes debet restituere, & tam industrales, quàm naturales, quoniam vel maximè & citra controversiam industriales ad acquisitionem, quæ perceptione fit pertinent.

Sed quid opus est multa ad confirmationem hujus sententiæ argumenta congerere, cum habeamus expressam auctoritatem in *l. certum* 22. *C. de rei vid.* ubi sic rescribunt Imperatores: *Certum est malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare, bonæ fidei verò extantes; post autem litis contestationem universos*; neque possis cum Donello extantes hic accipere pro pendentibus, nam præterquam quod hoc non admittit hujus verbi usus, utique vel ipso Donello fatente, naturales, licet à solo sint separati, restituendi sunt. Atque hæc causa est, cur Africanus in *l. quæsitum* 50. *ff. de acq. rer dom.* scribat, bonæ fidei possessorem consumptus demum suos facere, & Paulus *l.* 4. §. *lana ovium* 19. *ff. de usucap.* consumptos vel usucaptos, nimirum quia hi soli re evicta non restituuntur. Sic ergo concludimus, bonæ fidei possessorem fructus omnes, quos percepit tam industriales quàm naturales non consumptos debere restituere, quemadmodum è converso omnes consumptos tàm naturales, quàm industriales lucratur. Non obstat, quod conjux non restituit fructus industriales rei à conjuge sibi donatæ, quamvis adhuc extent: nam ut præcedenti capite dictum est, in hanc rationem habet, quod conjux ex voluntate domini, id est, conjugis donatoris, idque jure publico permittente hosce fructibus sibi acquirat.

Illud autem non parum nobis obstare videbatur, quod sola perceptione dicuntur fructus fieri bonæ fidei possessoris: nam si hoc verum est, falsum est eos demum bonæ fidei possessoris fieri consumptione. Respondeo falsum esse, si hæc eidem rei attribuerentur eadem ratione. Sed sciendum est geminam esse dominis acquisitionem, unam perpetuam, & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem & revocabilem, ex causa supervenienre, quæ dominii causam tollat: quale est jus mariti in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit; & hæredis fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit: Item hæredis in re sub conditione legata, *l. non ideo* 66. *ff. de rei vind. l. generaliter* 29. §. 1. *ff. qui & à quib. man.* Et tale quoque in proposito est jus bonæ fidei possessoris in perceptis necdum consumptis fructibus usque ad evictionem. Nimirum causa hujus acquisitionis præcipua est bona fides, quippe quæ efficit, ut possessor perinde quasi dominus jure soli fructus suos faciat, quamdiu de vero domino non constat: at eo superveniente & rem suam vindicante, jam causa illa & simul jus, quod dixi, cessare incipit, cogiturque possessor fructus omnes, qui modo tempore evictionis seu litis contestatæ extant, officio judicis restituere. Neque enim sublato jure, quod in solo habebat, sola ratio culturæ & curæ eum defendere potest, ut fructus retineat: sed ad hoc solum prodesse, ut opposita doli mali exceptione sumptus servet & consequatur, ut dominus aut pretium ejus quod impensum est, solvat; sin minus, patiatur sumptus cum fructibus pro rata pensari, & pro illis partem fructuum possessorem retinere, *arg. l. si à domino* 36. §. *ult. de har. pet.*

Innuit hoc ipsum non obscurè Paulus Jurisconsultus in *l. bonæ fidei* 48. *ff. de acq. rer. dom.* cum ait, bonæ fidei possessorem fructus ex re aliena percipiendo suos interim facere. Quare enim ait *interim*? Non aliam procul dubio ob causam quam ut ne quis credat sola perceptione sic fieri fructus bonæ fidei possessoris, ut nunquam postea sint restituendi rei domino. Quod si quis putet frustra id constitutum esse, quasi illa perceptio & fructuum interim acquisitio nil commodi afferat possessori, eo quod utique si adhuc extent, domino rem suam petenti restituendi sunt, is sciat & bonæ fidei rationem hoc exigere, *l. qui scit* 25. §. 1. *ff. de usur. l. bona fides.* 136. *ff. de reg. jur.* nec sine effectu esse. Prodest enim bonæ fidei possessori ad hoc, ut si fructus ab alio percepti sint aut ab alio possideantur, eos tanquam suos vindicare possit tribuique ei jus fructibus pro arbitrio suo utendi, eosque pro necessitate aut uti-

utilitate sua aut familiæ suæ distrahendi aut consumendi; cujus rei hic iterum effectus, ut domino rem suam evincenti consumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æstimationem præstare deberet.

Plus negotii facit responsum Gaii in *l. in pecudum* 26. *pr. ff. de usur.* ubi Jurisconsultus ait, ea, quæ in fructu sunt statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarii. Quod autem statim pleno jure acquiratur, id non potest dici consumptione demum irrevocabiliter acquiri. Quid ergo respondemus? nimirum eum qui cum de acquirendo agitur, dicit bonæ fidei possessorem fructuum simul ut percepti sunt statim dominum fieri pleno jure aut in solidum, non continuò negare jus illud ex causa esse revocabile: neque de eo laborare debuit Gajus in *d. l. in pecudum*. In comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non est, & ideo usucapione demum acquiritur, *d. l. in pecudum*, §. 1. Sic idem Jurisconsultus in *l. generaliter*. 29. §. 1. *ff. qui & à quib. man.* ait, servum sub conditione legatum, pendente conditione pleno jure hæredis esse: quem tamen constat existente conditione ab eo abiturum, & demum ejus fieri irrevocabiliter conditione deficiente. Si denique emptio facta lege commissoria perfecta & plena est, licet conditione deficiente resolvatur, *l. 1. ff. de leg. commiss.* Illud non magni ponderis est, quod dicitur, bonæ fidei possessorem idem jus habere, quod dominis prædiorum tributum est & plus etiam juris, quam habet fructuarius, *d. l. qui scit.* 25. §. 1. *ff. de usur.* Nam si hoc simpliciter verum esset, ne naturales quidem fructus extantes restitueret, quos tamen esse restituendos inter omnes convenit. Et loquitur expressè Jurisconsultus de jure fructus ab initio acquirendi. Paulus in *l. bonæ fidei* 48. *ff. de acq. rer. dom.* de bonæ fidei possessore loquens cautè addidit particulam *penè*: quia, inquit, quod ad fructus attinet, loco domini penè est.

Porrò quemadmodum bonæ fidei possessor fructus omnes extantes restituere debet, ut dictum & plenè probatum est, ita ex contrario eorum nomine quos consumpsit, cujuscunque sit generis: non tenetur, nec ullos restituit, quod & ipsum abundè probatum putamus. Cæterum alia hic exoritur dubitatio, & quæritur etiam ab iis, qui hactenus idem nobiscum sentiunt; an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem fructuum consumptorum teneatur, quatenus ex iis factus est locupletior? Et verius est eum non teneri. Ratio est, quia non alienos, sed suos consumpsit: & cum nunquam domini fundi fuerint non potest dici rem domini ad eum pervenisse, eumve ex re aliena locupletatum, *l. 1. §. 2. ff. de pignor.* Quod si legum quæritur auctoritas, textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla restrictione negant horum nomine bonæ fidei possessorem teneri. Imperatores in *l. certum* 22. *de rei vind.* ajunt bonæ fidei possessorem extantes dumtaxat præstare solere, quasi de consumptis inquirendum non sit. Paulus *l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* ait possessorem fructus, quos bona fide percepit & consumpsit lucrari oportere, quod utique falsum esset, si eos quatenus locupletior factus sit teneretur restituere, nemo enim sine lucro locupletari potest. At hæc, quod benè notandum est, tantum tribuit bonæ fidei possessori consumptio, quantum usucapio, auctore eodem Paulo in *l. 4. §. lana* 19. *ff. de usuc.* at usucaptorum nihil redditur.

Injicitur tamen hic nobis scrupulus aliquis ex *l. sed &* 25. §. *consuluit.* 11. *l. illud quoque* 40. §. 1. *ff. de her. pet.* qui scrupulus prius quam hinc discedimus, evellendus est. Quid igitur locis istis repetitur quod nobis incommodet; nempe in judicio petitionis hæreditatis bonæ fidei possessorem teneri, in quo factus est locupletior. Item in restitutione hæreditatis venire fructus tanquam hæreditatis augmenta, per quos possessor locupletior factus est. Respondemus, non eadem est in quæstione proposita judicii universalis, quod & personales præstationes habet, & singularum rerum petitionis ratio. Possessor hæreditatis nec ab initio fructus percipiendo suos facit, nec postea consumendo lucratur: sed statim ubi ab eo percepti sunt, in numerum rerum hæreditariarum recipiuntur, ipsamque augent hæreditatem: unde fit, ut eodem jure, quo ipsa corpora hæreditaria & fructus petantur, atque in restitutionem hæreditatis veniant, *l. item veniunt* 20. §. 3. *ff. de her. petit.* quæ omnia secus se habere constat in vindicatione rerum singularum. Nimirum cum is, qui pro hærede possidet, ex falsa causa possideat, visum est senatui, non ultra possessori hæreditatis consulere, quam ut ne damno afficietur, quomodo ei consulitur, qui tenetur conditione indebiti, *l. indebiti.* 13. *ff. de cond. indeb.* unde ex contrario etiam mitius quo casu eum tractari voluit, scilicet ut si quid dilapidaverit, aut perdiderit, dum sua re abuti putat, non teneatur, *d. l. sed & si*, §. *consuluit. ff. de her. petit.* vide præter allegatos *c. præc.* Joan. à Sande *lib.* 3. *rer. jud. c.* 15. *defin.* 1. *ubi in* Frisia *sic judicatum refert.* Nicol. Tulden. *in annot ad praxim. civ.* Damhoud. *c.* 104. *nu.* 13. Pinell. *ubi sup. c. præc.* ubi ait, nunc ubique ferè tantum servari formam, *l.* 22. *C. de rei vind.*

vind. in fructibus à bonæ fidei possessore perceptis post litis contestationem: eorum qui ante percepti sunt, sive consumpti sint, sive adhuc extent, sive ex iis locupletior possessor factus sive non, rationem non haberi, insuper quoque habita fructuum qualitate, ut litium ambages vitentur.

CAPUT XXVII.

An ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?

HÆc quæstio minus trita & vulgaris, quam duæ superiores: ad cujus decisionem antequam perveniamus, more nostro præcursionem quandam adhibebimus. Actio Publiciana est actio in rem prætoria, quæ competit de re, quam quis ex justa causa sibi traditam á non domino bona fide accepit, si ejus nondum dominus effectus possessionem casu amisit, §. 4. *Instit. de action.* Est actio in rem prætoria: nam jure civili nulla nisi rei suæ vindicatio, *d.* §. 4. Justa causa est, ex qua re à vero domino tradita, dominium in accipientem transiret, quod intellectum est ex verbis edicti, *& nondum usucaptum petet*, *l. 1. ff. de Publ. in rem act.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, ut usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit, *Instit. de usuc. in pr.* cujusmodi causæ sunt emptio, donatio, legatum, dos, &c. *d. l. 1. §. ult. & ll. seqq.* Bona fide accepisse intelligitur, qui eum à quo rem accepit, aut dominum esse putavit, aut jus transferendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse, *l. bonæ fidei* 109. *ff. de verb. sign.* Traditionem latius hic accepimus, ut etiam rerum incorporalium quasi traditio contineatur, usus nimirum accipientis & patientia constituentis: nam & ususfructus & servitutum constitutarum nomine Publiciana competit, *l. si ego* 11. §. 1. *ff. de Public. in rem act.* Nec dubitandum quin in rebus corporalibus ad fundandam Publicianam sufficiat etiam ficta traditio: cujus multæ sunt species & modi, veluti per fictionem brevis manus, traditionem clavium, appositionem custodis, &c. Nec dum dominus effectus dicitur, qui rem à non domino acceptam nondum usu cepit, *d. l.* 1. §. 1. *eod.* ubi Ulpianus ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam, quamquam nec ipsi domino Publiciana deneganda, si forte cum difficilis esset, ut fere solet, dominii probatio, hac actione, tanquam remedio expeditiore, sub qualitate bonæ fidei possessoris, omissa quæstione dominii, uti malit, quam civili in rem actione experiri. Introducendæ enim hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quin & usu forensi receptum est, ut eodem libello Publiciana cum rei vindicatione cumulari atque alternatim proponi possit, id est, res peti jure dominii vel quasi dominii. Oldendorp. *class.* 3. *act.* 3. Mynsing. *ad* §. 4. *Inst. de act. n.* 62. Gail. 1. *obs.* 62. *n.* 5. Atque hæc quidem ὡς ἐν παρόδῳ. Transgrediamur nunc ad quæstionem propositam.

Igitur, sicut jam intelleximus, ut actioni Publicianæ locus sit, rem vel verè vel fictè traditam esse oportet: nam cum nec sine traditione possessio transferri; nec sine possessione usucapio procedere possit, *l. 25. ff. de usucap.* consequens est nec posse colorem quæsiti per usucapionem dominii prætexti; ubi res tradita non est. Quid ergo, an non licebit ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri? Nimirum etsi regulariter & jure gentium dominia rerum sine traditione non transferuntur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* §. *per traditionem* 40. *Inst. de rer. div.* jure tamen civili quibusdam ex causis etiam sine traditione, veluti aditione hæreditatis, restitutione fideicommissi universalis, agnitione bonorum possessionis, legati, fideicommissi specialis, donatione mortis causa, venditione aut donatione facta civitati Ecclesiæ, locis ad curam & alimoniam egenorum publicè comparatis, *l.* 23. §. 1. *C. de SS. Eccl.* Finge igitur v. c. rem alicui legatam esse ab eo, qui dominus putabatur, aut ex SC. Trebelliano alicui restitutam hæreditatem, quæritur an is Publiciana experiri possit, etiamsi non fuerit nactus possessionem? Negat D. Bachovius *disput.* 3. *de act. thes.* 18. Utitur Bachovius hoc argumento, cui putat nihil esse, quod reponi queat, nempe quod Publiciana non datur, nisi ei, qui usucapere cœpit: adeo inquit, ut auctore Jasone in *d.* §. 4. *num.* 17. argumentum ab usucapione ad Publicianam, & contra affirmativè & negativè procedat: usucapio autem sine possessione non contingit, *l. 25. ff. de usuc.* ac proinde, inquit, cessat in casu proposito color dominii per usucapionem acquisiti, quod sit essentiale hujus actionis requisitum, ut scilicet actor intendat se usucepisse: quod utique prætendere non possit ubi res tradita non est, neque possessio translata. Hoc amplius, inquit, etsi DD. vulgo existimant quoad effectum trans-

ferendi dominii, sufficere rem traditam esse, licet vacua rei possessio tradita non sit nemine̅m tamen esse, qui non statuat, opus esse vacuæ possessionis traditione ut procedat usucapio.

Ego verò totum hoc ad eas dumtaxat species pertinere arbitror, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut apprehensione possessionis est opus: edictumque conceptum esse de eo, quod ἐπὶ τὸ πολὺ accedit. Quibus autem ex causis dominium adipiscimur, etiam, antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea agi posse, ex sententia scilicet & ratione edicti, quod eorum omnium gratia comparatum est, qui alias onere probandi dominii premerentur etiam ab injustis rei possessoribus. Nam, ut Ulpianus scribit, *l. 7. §. Publiciana 8. ff. de Public. in rem act.* in Publiciana actione omnia eadem sunt, quæ in rei vindicatione, ac proinde quemadmodum si in casu hoc nostro res à vero domino legata, aut verè hæreditaria fuisset, legatario aut hæredi fideicommissario competeret rei vindicatio, etiamsi possessionem ejus rei nacti non essent: ita si res à non domino legata sit, aut non sit ex corporibus hæreditatis restitutæ, danda erit legatario aut fideicommissario in rem Publiciana, quamvis nec illi possessionem nacti sint. Atque hoc disertè responsum est de eo cui ex Trebelliano restituta est hæreditas, *l. cum sponsus 12. §. 2. d. tit.* item de domino, cujus servus cum in fuga esset, rem à non domino emit, *l. si servus 15. eod.* His autem casibus cum usucapio procedere non possit, *d. l. 25. ff. de usuc.* apparet prætensionem dominii per usucapionem quæsiti non esse hujus actionis requisitum essentiale: & proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse nisi qui fuerit in conditione usucapiendi. Sed & hoc ipsum falsum existimo, quod actor hanc actionem instituens expressè intendat aut prætendat se usucepisse. Quamvis enim Justinianus scribat, in hac actione eum, qui possessionem amisit, dicere eam rem se usucepisse: illa tamen actoris intentio non ad nuda ista verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Non dicet igitur expressè se rem usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem rectè instituendam pertinet, causam actionis sua intentione complectetur. Dicet se rem, de qua agitur, bona fide v. c. emisse à Lucio Titio, & ab eo sibi traditam bona fide accepisse, petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur se usucepisse, quia idem petit & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si usucepisset. In causis ex quibus & qui nondum possessionem nactus est, Publiciana agere potest, dicet actor rem sibi à L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex senatus consulto obtinet: quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione non inchoata, *d. l. 12. §. 1. d. l. 25. de Publ. in rem act.* dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi non potest. Hæc olim fuit Petri de Bellapertica opinio, probata. Jo. Fabro. in *§. 3. Inst. eod. n. 12.* & Donello *in §. 4. eod. n. 4. & 14.*

CAPUT XXVIII.

Ususfructus sitne dividuus, an individuus?

QUæstio hæc non tantum ad usumfructum pertinet, sed etiam ad cæteras res incorporales; puta hæreditatem, obligationes & actiones, exceptis servitutibus prædiorum & nudo usu; quæ individua esse apud omnes in confesso est. Dividuum nostris est, quod dividi potest sive in partes numero discretas, ut decem aurei, decem boves, centum amphoræ vini: sive in partes corporum ut omnes res corporales, fundus, homo, navis, &c. licet plerumque harum rerum divisio in partes discretas fieri non possit, sine rei interitu aut corruptione, veluti si homo gladio in partes secetur. Navem si dividas, inquit Cascellius apud Macrobium, nec tu nec socius habebitis. Sed juris nostri auctores alia ratione dividendi utuntur, ad commoditatem hominum & rei cujusque naturam accommodata, *l. 9. §. 1. ff. de solut.* Cum enim de divisione in partes corporis loquuntur, non intelligunt partes discretas & naturaliter divisas sed indiscretas & inter se confusas, ac intellectu magis, quam corpore divisas, ipso rei corpore integro manente: verbi causa, cum dicimus Titium & Sempronium ejusdem rei esse dominos, rem divisam in partes esse significamus, quarum unam Titius, alteram Sempronius habeat. Verum hæ partes corporaliter separatæ non sunt, sed confusæ & commixtæ, ut neuter possit suam partem à parte socii sui discretam ostendere, *l. 5. ff. de stipul. serv. l. Mævius 66. §. 2. ff. de legat. 2.* Atque hæ partes propriè appellatione partium continentur; quia cum divisio ac separatio corporalis fit, jam non amplius uno corpore tenentur; sed singulæ per se corpus discretum constituunt, & totum quidam verius, quam

quam pars fiunt: verbi causa, si fundus in partes pro diviso dividatur, jam duo fundi esse incipiunt, *l. rectè* 25. §. 1. *ff. de verb. sign. l.* 6. §. 1. *ff. comm. præd.* Quamvis autem dividuitas per se non potest convenire nisi corpori sive rei corporeæ, nihil tamen prohibet quominus etiam res incorporales, modo tales sint, ut quod ex his percipitur, natura dividi possit, intellectu in partes pro indiviso secernantur ut non ex eo, quod sunt natura dividuitas in his æstimetur, sed ex emolumento, quod propter partem divisim percipitur: cum in emolumento ipsa pars quodammodo percipi videatur. Cujusmodi res sunt hæreditas, obligatio & petitio cujusque rei dividuæ, ususfructus. Quidquid enim recipit communionem, talem etiam recipit divisionem. Hoc interest inter res plerasque mobiles, puta servum, equum, & res incorporales, quod illæ per rerum naturam etiam facto ipso dividi pro partibus divisis, & ita corrumpi possunt: at hæ, jura incorporalia ne quidem per rerum naturam facto ipso dividi possunt. Ea, quæ in nominibus sunt, in judicio familiæ ercisccundæ non dividi, cum ipso jure in portiones hæreditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint, legimus in *l.* 6. *C. fam. ercisc.* De hæreditate, nisi testator aliter diviserit, eam distribui in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur, §. *hæreditas* 5. *Instit. de hæred. instit. l.* 11. §. 1. *ff. eod. ad d. l.* 1. §. 1. 3. & 4. *ff. si pars hæred. pet.* De usufructu, de quo hic ex professo, eum pro parte constitui posse, & legitimo tempore similiter amitti, *l.* 3. *ff. de usufruct.* pro parte nos frui posse, uti non posse, *l. usus* 19. *ff. de usu, & habit.* usumfructum dividi posse, nec sicut cæteræ servitutes individuæ sunt, ita & ipsum individuum esse, *l.* 1. §. *si ususfructus* 9. *ff. ad leg. Falcid.* Usumfructum legatum venire in computationem legis Falcidiæ, quia divisionem recipit: adeo ut si duobus legatus fuerit, ipso iure ad singulos partes pertineant, *l. si ususfructus* 81. *ff. eod. titul.* Cernitur autem maximè hæc dividuitas, cum pluribus id eumdem usumfructum conjunctis, aut concursu partes fiunt; aut deficientium partes conjunctis accrescunt, *tot. tit. ff. de usufr. accresc.* Nec putandum est usumfructum dici dividuum tantum respectu partium fundi fructuarii: possunt enim in eodem fundo indiviso partes ususfructus diversæ à diversis haberi: & cum in judiciis divisoriis cautionibus interpositis, qualiter fruantur, à communione disceditur, aut cum per legem Falcidiam ususfructus minuitur, non ideo fundus in plures partes minutiores dispescitur, *l. si cujus* 13. §. 3. *ff. de usufr. l.* 7. §. *cum de usufr.* 10. *ff. comm. div. l. & puto* 16. *pr. ff. famil. ercisc.* Cur igitur servitutes prædiorum individuæ, *l. via* 17. *ff. de servit. l.* 1. §. *si ususf.* 9. *ff. ad leg. Falcid. l. stipulationes non dividuntur* 72. *ff. de verb. oblig.* Resp. hoc non ex eo est, quod sunt res incorporales, ne quis erret; sed quia in solo usu consistunt; & solo servitute utentis facto, puta euntis, agentis, aquam ducentis, tignum immittentis, projicientis, &c. terminantur, nulla re relicta, quæ dividi possit. Ususfructus autem dividuus est, quia licet & ipse in facto ab initio consistat, *l. unic. ff. quand. dies ususfr. leg.* facto tamen solo non terminatur, sed post se relinquit & fructuario adjicit, fructus atque omnem rei utilitatem, qui fructus cum dividi possint, etiam jus eorum percipiendorum, dividuum habetur: quamvis ipsius juris nulla sit physica divisio. Recipiunt quidem & prædiorum servitutes divisionem per tempora, sed ita usus servitutum non dividitur, sed per intervalla distinguitur, ut nihilominus tota semper utamur servitute, *l.* 5. §. 1. *ff. de servit.* & est tantum modus adjectus toti sive usui totius, *l. arbor* 19. §. *ult. ff. com. divid.* Putaverit tamen aliquis non magis usumfructum, quam usum dividuum dici posse, cum usus, ut disputat Hotomannus *illust. quæst.* 20. sit pars homogenea ususfructus, usus autem cujusque semper in solidum est, *l. usus* 19. *ff. de usu. & habit. l.* 3. §. *ult. ff. commod.* Sed falsum est, quod Hotomannus assumit, usum formalem sive separatum partem esse sive homogeneam sive heterogeneam ususfructus: & partium illa in similares & dissimilares distinctio, propria est partium distinctio.

Ex contrario putaverit aliquis non minus usum quam usumfructum dividuum esse, & partes pro indiviso recipere, quoniam usus nihil aliud sit, quam parvus quidem ususfructus. Sed & hoc quoque falsum est: nam ususfructus continet omnem utilitatem, quæ ex re percipi potest, usus solos eos fructus, qui necessitati utentis sufficiunt. Nihil impedit, fructus omnes inter plures dividi: at res non patitur, ut plures simul, quisque ad suam necessitatem, & tamen pro parte re utantur. In usufructu nulla habetur ratio necessitatis fructuarii, sed tantum fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire possunt, nam fruimur etiam ad compendium: in usu verò non ad fructus respicitur, sed tantum ad indigentiam personæ usuarii, cujus solo facto & consumptione usus terminatur, nihil relinquens quod dividi possit: in quo usus similis servitutibus prædiorum. Plures in eundem usumfructum conjungi possunt, in eundem usum plures conjungi non possunt: qua

enim ratione usus divisionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Hinc est, quod usus admissus semper ad proprietatem redit, ususfructus amissus ad conjunctum, *tit. ff. de usuc. accresc.*

Exemplo res fiet illustrior. Ponamus sylvæ amplæ & copiosæ usum tribus personis legatum esse quæ vel decem satis lignorum ad rei familiaris usum suppeditare queat. Hic legatarii non habent tres partes (divisas vel indivisas) unius usus, sed pro se quisque usum solidum & distinctum. Contra est, si hic usumfructum pluribus legatum esse ponamus. Nam unius rei possunt plures esse usus, quia nihil impedit, quominus quisque, verbi causa tantum lignorum cædat, quantum ei sufficiat ad usum & consumptionem quotidianam. Ususfructus autem non nisi unus ejusdem rei esse potest, cum per rerum naturam fieri nequeat, ut plures in solidum fruantur, & singuli omnem fructum atque utilitatem percipiant. Si equi ususfructus duobus legatus sit; equus locari potest & pensio inter utrumque dividi, *l. 7. §. cum de 10. ff. comm. div.* Si usus equi legatus, locari nequit, sed tantum uterque ad suam necessitatem equo uti potest. Quod si uterque eodem tempore indigeant equo ad negotia sua, apparet eos in usu concurrere non posse; nec ita igitur res transfigetur, ut *d. l. 7. §. 10.* sed necesse erit uni soli usum adjudicari, & hanc alteri in præstationem æstimationis partis condemnari, *l. item 10. §. 1. ff. d. tit.* aut utendi facultatem temporibus inter eos dividi, arg. *l. arbor 19. §. ult. ff. eod.* Atque hoc ita propter necessitatem, *d. l. 10. §. 1.* Reddetur autem utile communi dividundo judicium per *l. si cum duorum 32. ff. de stip. serv.* Non obstat, quod apud Ulpianum legimus, si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, *l. per servum 14. §. 2. ff. de usu & habit.* quoniam in tali specie ita concurrit cum usuario fructuarius, ut percipiat, quod usuario supererit; & ipso interim etiam fruendi causa usum habeat, seu usum causalem, qui fructui semper inest, *l. si alii 42. junct. d. l. 14. §. 1. ff. eod.* Quod verò generaliter traditum est in *l. stipulatione 71. ff. de verb. obl.* viam, iter actum, cæterasque servitutes divisionem non recipere, id ad usumfructum non pertinet, sed eo sensu dictum est, quo servitutes prædiorum per excellentiam absolutè ita nominantur, *§. ult. Inst. de usu & habit. l. 4. & passim ff. de servit.* DD. comm. *ad d. l. 72. & ad l. 2. ff. de verb. obligat.* Gomez 2. *resolut.* 10. *num.* 18. Castil. *tractat. de usufruct.* 51. Dissentit Hotom. *quæst. illust. cap.* 20. cujus objectionibus facilè ex iis, quæ à nobis disputata sunt, occurri potest.

CAPUT XXIX.

An testator possit fructuario remittere partem cautionis fructuariæ, quæ est de re finito usufructu restituenda?

JUs est usufructuario rebus alienis utendi fruendi, sed salva rerum substantia, id est, cum ita utatur fruatur, ut rem salvam servet domino. Quapropter, ut dominus securus esse possit de proprietate, desiderante eo fructuarius cavere cogitur, & usurum se boni viri arbitratu, & cum ususfructus ad eum pertinere desinet: restituturum quod inde extabit, *l. 1. & tot. tit. ff. usufr. quemad. cav.* quæ cautio satisdatio est, id est, cavere debet fructuarius datis fidejussoribus, *l. 13. pr. ff. de usufr. l. 4. C. eod.* habet autem ista stipulatio duas causas, propter quas interponitur, unam de usu, alteram de restitutione; quarum prior sæpius committi potest, quoties nimirum aliter utitur fructuarius, quam vir bonus arbitrabitur: posterior semel dumtaxat, usufructu scilicet quoquo modo finito, *d. l. 1. §. pen. usufr. quemad. cav.* Pertinet porrò hæc cautio ad omnem fructuarium? *d. l. 13. ff. de usufr. d. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. ff. usufr. quem cav.* excepto patre fructuario bonorum filii adventitiorum, *l. 6. §. non autem, l. ult. §. 4. in fin. C. de bon. quæ lib.* quod datum reverentiæ paternæ; item eo, cui usufructu purè legato proprietas ex die debetur ex dicti nimirum sententiæ, quia certum est proprietatem ad eum perventurum, *l. 9. §. ult. ff. usufr. quem cav.* Interpretes & fiscum excipiunt, & donatorem omnium vel etiam partis bonorum retento usufructu. Quod rationem habet, per *l. 1. §. si ad fiscum 18. ff. ut leg. nom. cav. & l. inter eos 19. §. 1. ff. de re judic.* Sed & in quasi usufructu cautio à fructuario præstanda, (& ipsa satisdatio est) nimirum se cùm morietur aut capite minuetur restituturum non eadem quidem corpora, quæ accepit, quod iis consumptis fieri non potest, sed tantundem, aut eorum æstimationem, *§. 2. Instit. de usufr. l. 7. ff. de us. ear. rer. quæ us. cons.* nam clausula de utendo boni viri arbitratu ad quasi usumfructum pertinere non potest, ut rectè Castillo *tract. de usufr. cap. 15. num. 13.* In utroque autem usufructu & verò & quasi, cautio adeo necessaria esse putatur, ut ne testator quidem eam remittere fructuario valeat, per *l. pen. C. ut in poss. legat. l. 1. C. de usufr. l. 6. ff. ut in poss. legat.* Gail. 2. *obs.* 145. Castill. *d. tractat. cap. 15. post DD. in d. l. 1. & d. l. pen.* Et quidem illud constat remissione cautionis facta à tes-

testatore non vitiari legatum ipsum ususfructus, sed non obstante hac remissione legatarium cautione oblata usumfructum petere posse, *l. 6. ff. ut in poss. leg. l.* 1. *C. de usufr.* quamvis contrarium putet Hunnius *resol. ad Inst. lib.* 2. *tract.* 2. *quæst.* 26. idque duplici, sed utroque inepto & futili argumento. Primum petitum est ex *l. 7. pr. ff. usufr. quem. cav.* ubi Jurisconsultus ait, si res ususfructus nomine non exacta satisdatione tradita sit, posse hæredem rem vindicare, & si objiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita, replicandum esse. Respondeo primum, idem obtinere, & si testator cautionem non remisit, neque ullum in eo textu verbum extare, unde colligi possit, de eo casu loqui Jurisconsultum, quo cautio remissa est. Sententia Jurisconsulti minimè obscura, sed plana est, nempe si hæres forte per oblivionem cautione non exacta rem fructuariam tradidit posse eum rem vindicare, & excipientem legatarium de re ususfructus nomine tradita, nisi paratus sit satisdare, replicatione doli mali removere. Alterum argumentum Hunnii est, quia quidquid contra legem fit, ipso jure nullum est. Concedimus nullum esse, quod contra legem fit, sed non ultra quam quatenus in legem peccatum est. Non peccat autem testator in legem legando usumfructum, sed contra legem facit remittendo cautionem: quam remissionem idcirco etiam nullius momenti esse fatemur. Sic etsi donatio quæ summam quingentorum solidorum excedens actis insinuata non est, contra legem fiat, non tamen ideo in totum irrita est, sed tantum quatenus legitimum modum excedit, *l. sancimus* 34. *C. de donat.* Cæterum an in totum verum sit & ad utramque clausulam cautionis fructuariæ pertineat, quod vulgo traditur, cautionem istam à testatore remitti non posse, merito dubites, in quasi usufructu, quoniam proprietas transit in fructuarium, nec fructuarius præstat cautionem de re boni viri arbitratu utenda, & finito usufructu restituenda ipsa re, sed tantum de restituenda tantundem, non potest testator remittere cautionem de tali vel tali summa restituenda, *l. 6. ff. ut in poss. leg. l.* 1. *C. de usuf.* Ratio est, ut hac saltem via securitatem sibi addere possit proprietarius, quippe qui hic finito usufructu nullam actionem in rem adversus fructuarium habeat, sed personalem dumtaxat; scilicet quantitatis condictionem, *l.* 5. §. 1. *ff. de usufr. ear. rer.* quæ actio proprietario inutilis erit, si finito usufructu debitor inops reperiatur. At in vero & proprio usufructu, cum cautio ad hæc duo pertineat, primum ut fructuarius boni viri arbitratu utatur fruatur; deinde ut rem finito usufructu restituat, hic primam quidem cautionem testator remittere non potest, *l. pen. C. ut in poss. leg.* quoniam remoto hujus cautionis metu invitaretur ad delinquendum in re aliena, quod fieri non debet, arg. *l. si unus* 27. §. 3. *ff. de pact.* tum etiam quia hic hæres quidem habiturus est actionem contra fructuarium, ubi res negligentia ejus deterior facta est, *l.* 13. §. 2. *vers. denique, ff. de usufr.* cæterum quæ hæredi inutilis futura, si forte finito usufructu ad inopiam fructuarius redactus fuerit. At probabiliter defendi potest, testatorem posse remittere cautionem de re restituendi: quia etsi ea omissa sit, habet tamen proprietarius actionem in rem, qua rem ipsam finito usufructu vindicet, *l.* 3. §. *ult. l. 7. pr. l. ult. vers. si agitur, ff. usuf. quem. caveat.* & sic potest testator prohibere ne legetarii, aut fideicommissarii cautionem ab hærede exigant nomine legati vel fideicommissi, *l.* 1. *pr. ff. ut leg. nom. cav. l. pen. C. ut in poss. legat.* & ideo in *d. l. pen.* non vetatur testator remittere satisdationem de re finito usufructu restituenda, sed dumtaxat de utendo fruendo bono viri arbitratu. Ita memini disputare solitum virum clarissimum & Collegam quondam nostrum D. Petrum Cunæum piæ memoriæ.

CAPUT XXX.

An in argumento de servitutibus prædiorum sola ædificia ad usum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda.

Sicut prædia vel urbana sunt, vel rustica, ita & servitutes, quæ iis inhærent vel urbanorum prædiorum sunt, vel rusticorum; sic enim à subjectis servitutes distinguuntur, *l.* 1. *ff. de servit.* Prædia rustica sunt loca ædificiis vacua, in urbe area, horti, ruri ager, *l. fundi* 211. *ff. de verb. sign.* Urbana autem prædia in hac materia appellamus ædificia omnia, etsi in villa ædificata sunt. *l.* 2. *ff. comm. præd.* §. 1. *Inst. de serv. præd.* Quæ igitur locis puris inhærent prædiorum rusticorum servitutes sunt; quæ ædificiis, prædiorum urbanorum: distinctione scilicet non à loco sumpta, sed à materia vel genere prædii, *l. urbana* 198. *l. fundi* 211. *ff. de verb. sig.* Sunt tamen, qui à fine sumptam putant, & ea sola ædificia urbanorum prædiorum numero esse, quæ habitandi causa parata sunt: horrea autem quæ ruri ædificantur, ad fructus reponendos & custodiendos, magis esse ut prædia rustica censeantur, *Capoll. de servit. urb. c.* 11. *nu.* 2. Mynſ. Wesemb. Vult. *ad* §. 1. *Inst. d. tit.* Bronch. *cent.* 1. *ass.* 95. Sed malè meæ qui-

quidem sententia, quod quidem ad propositam tractationem attinet. Fac enim unum è dominis, qui vicina aut contigua horrea habent, alteri, cui fortè ad grana à paleis repurganda flatu venti opus fit, cessisse servitutem altius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæ servitutes utique urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. Quid enim interest, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur, in parietem horrei, an in quem alium tignum immittatur: In constituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nuntiando. Ratio autem non patitur, ut una eademque specie servitus nunc urbana, nunc rustica dicatur. Non est tamen hæc sententia usquequaque expedita. Scribit enim Neratius, *l. 2. ff. de servit. præd. rust.* licere altius tollere & officere prætorio vicini servitutem esse prædii rustici: atqui prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando ruri est, habitat, separatum ab habitatione villici, ut ex Columella & Palladio constat, quale tamen prædium urbanum esse cæteri omnes fatentur. Resp. Neratium illic suo arbitrio loqui, non considerato juris effectu. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, prædia, eorumque jura dupliciter considerari, vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius, vel cum effectu juris: qua consideratione nunquam loco distinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non autem in invectis & illatis in prædium rusticum à colono, *l. 4. l. 7. ff. quib. in caus. pign. tac.* urbanum prædium accipimus etiam tabernas, stabula, aliaque meritoria, etiam quæ non sunt continentibus ædificiis, sed in villis & vicis, vel ipso teste Neratio, *d.l.* 4. §. 1. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac causa prædia rustica habentur, arg. *l. urbana* 198. *ff. de verb. sign.* Cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum 25. annis, quæ si rustica sint aut suburbana, oratione Severi sine decreto prohibentur alienari, *l. 1. ff. de reb. eor. qui sub. tut.* (quod constitutione Constantini ad urbana quoque prædia postea extensum est, *l. 22. C. de adm. tut.*) prædia à fine & usu distinguuntur, & rustica quoque intelliguntur horti olitorii, qui in urbe sunt, & villæ fundi causa & propter opus rusticum ædificatæ: reliqua ædificia, stabula meritoria, etsi ruri sint, horti quoque ædificiorum, unde nihil aut parum reditus, & multò magis area pro prædiis urbanis habentur, *d. l. urbana, ff. de verb. sign.* quo loco Ulpianus orationem illam Severi interpretatur, ut Cujac. 7. *obs.* 24. & Godd. *ad d.l. urbana*, bene observaverunt. Similiter cum de servitutibus simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint loco itidem, ut prædia ipsa, distingui possunt, quod fecit Neratius, *d. l. 2. ff. de serv. præd. rust.* At cum quæritur de vi & effectu juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignorandis, novo opere earum nomine nuntiando (vide *l. 1. l. 6. ff. de serv. præd. urb. l. 6. l. 7. §. 1. ff. comm. præd. l. 11. §. ult. & l. seq. ff. de pig. l. 5. §. Et Belle 9. l. 14. ff de op. nov. nunc.*) loci ratio nulla habetur. Sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ, quæ locis puris, rusticæ dicuntur. Et quia hac consideratione neque ulla ædificia possunt esse subjectum servitutum rusticarum, nec loca ulla ædificiis vacua subjectum urbanarum, hinc factum, ut ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis sunt, sive ad usum urbanum, puta ad habitandum, ac viatores recipiendos, aliumve quæstum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum, ad fruges condendas & custodiendas, ad stabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam arca in urbe & horti ad voluptatem comparati, prædia rustica, distinctione subjecti ad naturam servitutum accommodata, idque contra Cœpollam & alios supra allegatos etiam Bachovius benè observavit ad §. 1. *Instit. de servit. præd.* Non obstant iis quæ diximus, *l. 7. §. 1. l. inter.* 14. *ff. comm. præd. l. servitutes.* 20. §. 1. *ff. de serv. præd. urb.* ubi iter dicitur deberi per prædium urbanum. Nam & iter, quod debetur per ædes, servitus rustica est: quippe quod fere debetur per aream, quæ hic instar fundi habet: neque etiam ad iter, qua debetur per ædes, quicquam structura ædificii facit, imò magis est impedimento, Ulpianus in *l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act.* aquæ ductum per domum transductum vocat servitutem prædii urbani; quæ tamen & ipsa revera rustica est, si de vi & effectu juris, de quo supra diximus, quæritur, & servitutum distinctio non à re, quæ debet servitutem, sed ab ea, cui debetur, sumitur, *l. 1. §. & datur.* 43. *ff. de aeq. cott. & æst.* Denique sublato ædificio hujus modi servitus adhuc præstari potest. Sed per hoc non satisfit, arg. *ex supradict. l. 20. §. 1.* ibi enim non per domum sed ad domum debetur iter, consequenter dicetur à prædio donante servitus urbana quæ alias est rustica.

CA-

CAPUT XXXI.

An in præscriptione servitutum semper opus sit titulo?

SErvitutes, utpote res incorporales, in quas non cadit possessio, natura sua usucapi non possunt, *l. servus* 43. §. 1. *ff. de acq. rer. dom. l. servitutes* 14. *ff. de servit. l. si aliena* 10. §. 1. *ff. de usuc.* Et quamvis olim moribus sive auctoritate prudentum introducta esset servitutum in prædiis urbanis usucapio, quod in his videatur esse continua quædam, si non possessio, at saltem quasi possessio, cum rusticarum servitutum usus non ita sit continuus: tamen quia nec urbanæ servitutes verè possidentur, lex Scribonia denuo harum usucapionem, quæ moribus contra rationem juris invaluerat, sustulit ut post legem Scriboniam & tempore mediæ jurisprudentiæ non magis urbanorum prædiorum servitutes, quàm rusticorum usucapi poterunt, *l.* 4. §. *ult. ff. de usuc. d. l.* 10. §. 1. *eod. d. l.* 14. *ff. de servit.* ubi duplex ratio affertur, cur prædiorum rusticorum servitutes non usucapiantur. 1. Quia incorporales sunt, ac proinde nec possidentur. 2. Quia earum usus non est continuus, sed interruptus. Prior ratio etiam locum habet in servitutibus prædiorum urbanorum, & sola sufficit ad impediendam usucapionem: atque ideo in *fin. pr. d. l.* 14. additur, *Idem & in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* Posterior autem causa cessat in servitutibus urbanis: atque hinc harum dumtaxat usucapio, non etiam rusticarum introducta fuit.

Etsi autem servitutes usucapi nequiverint, id est biennio, quo tempore olim usucapio rerum immobilium in solo italico implebatur, acquiri: tamen potuerunt decem vel inter absentes viginti annorum diuturno usu ita acquiri, ut tanquam jura imposita, utilibus actionibus vindicarentur, *d. l.* 10. *ff. si serv. vind. l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv. arc.* Atque eo pertinet, *l.* 2. *C. de serv. & aq.* ubi Antonius ait, servitutes tempore acquiri exemplo rerum immobilium: nempe præscriptione, quæ non directam, sed utilem actionem dat: & rebus immobilibus seu prædiis provincialibus, quorum non erat usucapio, sed dumtaxat præscriptio. Sic idem Imperator in *l.* 1. *C. eod. tit.* non loquitur de usucapione servitutis, sed de præscriptione, quæ longi temporis consuetudine vicem servitutis obtinet. Porro decem annorum usu, qui pro possessione est, omnes servitutes acquiruntur, generalis enim est definitio, *d. l.* 10. *ff. si serv. vind. d. l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* Ac proinde rejiciendum est discrimen inter servitutes continuas & discontinuas, quasi illæ decem annis, hæ non nisi tempore immemoriali præscribantur. Quamvis enim usus corporalis in plerisque servitutibus rusticorum prædiorum, puta itinere, actu, &c. continuari nequit, *d. l. servitutes* 14. *ff. de servit.* possessio tamen earum non admittitur quamdiu animo retinetur, §. 5. *Inst. de interdict. l.* 3. §. *sed &* 7. *ff. de acq. poss.* Nam quod istis locis de rebus corporalibus dicitur, id vel magis in rebus incorporalibus obtinere debet, & est hujus rei argumentum in *l.* 1. §. 2. *ff. de itin. act. priv.* Hodie post transformatam à Justiniano usucapionem, & usucapionem rerum soli cum longi temporis præscriptione confusam, servitutes tam usucapione, quam præscriptione acquiri rectè defendi potest, usucapione videlicet Justinianea, arg. *l. ult. in fin. C. de præs. long. temp. junct. l. un. C. de usuc. transform.*

Existimo autem, quæ & communis est sententia, servitutes duobus modis per se & principaliter longa quasi possessione acquiri posse. Ajo per se & principaliter, quoniam servitutes etiam cum ædificiis longo tempore capi possunt, *l.* 10. §. 1. *ff. de usuc.* sed uno dumtaxat modo, quo scilicet & ipsa ædificia: ac tum non tam ipsa servitus usucapitur, quam prædium quod usucaptum suæ conditiones sequuntur, arg. *l. via* 23. §. 2. *ff. de serv. præd. rust. l. traditio* 20. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Primus modus, quo servitus per se longo usu acquiritur, est, si servitute ex justa causa sive titulo á non domino prædii, quem tamen dominum esse credebamus, constituta per decem vel viginti annos continentur usi fuerimus, qui modus cum rerum corporalium usucapione seu præscriptione communis est, ac de hoc modo accipienda est, *l. ult. C. de long. temp. præsc.* ut patet ex ipso contextu. Et quia hic possessionis initium est à non domino prædii, ideo etiam titulus hic necessarius est: at contra ignorantia dominum nihil juvat, uti nec in usucapione rerum corporalium, *d. l. ult. C. de præsc. long. temp.* Alter modus servitutum est proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id est, domino prædii servientis sciente & patiente, quod hic pro traditione & vice boni initii est, per continuum legitimi temporis spatium servitute usi simus. Nimirum quia hic initium possessionis est ab ipso domino, ideo scientiam quidem domini, à quo possessionis initium profectum est requirimus: titulum autem non item quoniam si etiam titulus adesset, puta si dominus prædii mihi servitutem constituisset & tradidisset ex cau-

causa venditionis, donationis, &c. servitus statim citra præscriptionem pleno jure acquireretur per *l. nunq. 31. pr. ff. de acq. dom. §. per traditionem 40. Inst. eod.* Ad hunc posteriorem modum pertinet *l. si quis 10. ff. si serv. vind. Si quis*, inquit ibi Ulpianus, *diuturno usu & longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario, possedisse.* Displicet quidem hæc sententia Francisco Duareno *l. 1. d. c. 14.* ubi verba illa Ulpiani, *non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est*, interpretatur de jure civili & directo, quasi hæc sit Jurisconsulti sententia ei qui ita aquæ ductum nactus est, recte servitutem quæsitam videri, quamvis jure, id est, jure civili & directo non sit constituta, & ob id eum non debere probare de justa servitutis constitutione, puta eam sibi donatam, aut legatam, &c. esse. Sed hæc interpretatio neque verbis Ulpiani neque sententiæ convenit. Verbis non convenit, quia Ulpianus ipse exemplo declarat, se verbo juris intelligere titulum, dum ait, *veluti ex legato*, ut perinde habendum sit, ac si dixisset, non esse utenti necesse docere de titulo, quo aqua constituta sit. Nam ut hoc exemplo intelligamus non titulum possessionis acquisitæ, sed modum, quo aqua jure civili imposita sit, verba non patiuntur: potest enim servitus legari ab eo, qui non sit dominus fundi, à quo servitutem jure constitutam nemo dixerit. Quod si à domino legatam accipimus, jam hoc non conveniet Jurisconsulti sententiæ, qui quæstionem proponit de eo, qui jus aquæ ducendæ nactus est diuturno usu & longa quasi possessione. At cui à domino prædii servitus legata est, is eam statim à principio sibi recte constitutam habet. Similis locus superiori est in *l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* ubi idem Jurisconsultus definit, in servitutibus hoc nos sequi, ut ubi servitus non invenitur imposita, videatur is habuisse longa consuetudine, velut jure impositam servitutem, qua diu usus est nec vi, nec clam, nec precario. Non invenitur servitus imposita cum non invenitur titulus, quo est imposita: nam tituli sunt causæ, ex quibus res quæque acquiruntur. Ait Jurisconsultus hoc jus nos sequi in servitutibus, quo significat hoc esse servitutum proprium; & in eo esse aliquid diversum ab usucapione, & præscriptione rerum corporalium; nihil autem hic proprium esset servitutum, si in hac acquisitione etiam titulum possessionis exigeremus. Ait denique longa consuetudine servitutem ita acquiri, si quis usus sit nec vi, nec clam, nec precario: quibus verbis exigitur, ut usus sit domino, prædii sciente: ac titulo accedente & bona fide, ignorantia domini usucapionem sive longi temporis præscriptionem non impedit, *l. ult. in fin. C. de præscr. long. temp.* Denique idem plane significatur in *l. 2. C. de serv. & aq.* nempe jus aquæ ducendæ longo tempore acquiri, si quis per fundum sciente & patiente domino fundi aquam tanto tempore duxerit. Non potest hoc sine vitio intelligi de eo, qui titulum habet: Nam si eum habeat à domino, statim illi servitus quæsita est: si à non domino, procedit longi temporis præscriptio etiam vero domino ignorante. *d. l. ult. C. de long. temp. pr.* Unde etiam liquet illa Imp. Antonini verba, *in d. l. 2. servitutem exemplo rerum immobilium tempore quæsisti*, continere dumtaxat comparationem servitutum & rerum immobilium ratione temporis, quo per possessionem acquiruntur; non autem simplicem & respectu omnium conditionum: ut hic sit sensus, quemadmodum res immobiles soli provincialis (loquitur enim Imp. non de usucapione rerum soli Italici, quæ biennio implebatur, sed de longi temporis præscriptione, quæ locum habebat in prædiis provincialibus) longi temporis possessione quæri possunt, ita posse & servitutem aquæ ductus acquiri, si quis aquam per fundum domini eo sciente nec contradicente per idem tempus duxerit. Frustra igitur hunc locum contra communem urget Corasius in *l. servitutes 14. n. 31. ff. de servit.* Moveri non debemus *l. nullo 24. C. de rei vind. l. ult. C. de usuc. pro herede*, aut similibus locis, quibus traditur, nullo justo titulo præcedente possidentes dominium quærere prohiberi; usucapionem non præcedente vero titulo non procedere. Nam & possessionis, & dominii, & usucapionis verba, quibus istæ sententiæ conceptæ sunt, declarant eas pertinere ad usucapionem rerum corporalium, in quas solum propriè cadit possessio, usucapio, dominium. In his rebus & nos concedimus nullam esse usucapionem, nisi justo titulo præcedente. At in servitutibus distinctio superior observanda est, ut siquidem initium possessionis servitutis profectum sit à non domino prædii, qui tamen dominus esse putabatur, etiam titulus ad servitutem tempore acquirendam desideretur, ut in usucapione rerum corporalium, *l. ult. C. de long. temp. præscr.* At ubi possessionis initium proficiscitur ab ipso fundi domino, qui sciens patitur nos per longi temporis spatium servitute uti, ita, nos usos esse ad præscriptionem servitutis sufficit, nec titulus requiritur, imo non nisi inepte, ut supra ostendimus, requireretur. Atque eo pertinet, quod dicitur in *l. in fin.*

fin. ff. de aq. & aq. pluv. in servitutibus hoc nos jus sequi. &c. nimirum in servitutibus solis, non etiam in rebus corporalibus, aut ipsis prædiis. Ne quis autem capiat, quod supra diximus, scientiam & patientiam domini in hac acquisitione servitutis esse vice boni initii, & quoque loco traditionis, atque inde colligat ita statim servitutem quæri, non ex longa temporis possessione: is cogitet hic abesse titulum, & ideo per hanc quasi traditionem non statim servitutem nostram fieri, *arg. l. nunquam* 31. *ff. de acq. rer. dom.* sed hoc tantum effici, ut locus sit præscriptioni, vide Balbum *de præsc. p.* 2. *q.* 2. *n.* 1. *quar. part. prin.* Covar. 1. *var. resol. c.* 17. *n.* 7. Costal. *in l.* 10. *ff. si serv. vind.* Castill. *tract. de usufr. c.* 68. *n.* 16. Fachin. 7. *contr.* 22. & in primis. Donell. 18. *comm.* 12. Dissent. Duar. 1. *disp.* 34. Hotom. 8. *obs.* 13. Coras. *loco supra allegat.* Revard. *ad leg. Scribon. c.* 7. quorum singulorum argumentis ex professo occurrit Schifordeger. *lib.* 1. *tract.* 6. *q.* 1. *& seqq.*

CAPUT XXXII.

An quæ servitutes prædiorum pignori dari possint?

CErti atque explorati juris est, fructuarium posse usumfructum, id est, jus utendi fruendi pignori hypothecæ vedare, etiam invito proprietario, & si velit proprietarius cum creditore agere, non esse ei jus uti frui invito se, prætorem exceptione tueri creditorem, *l.* 11. *pen. ff. de pign.* ubi hujus rei etiam ratio redditur quod & emptorem usufructus prætor tueatur, ducto scilicet argumento à majori, *l.* 9. §. 1. *ff. eod.* Est & alia ratio, quia fructus rei etiam in eo est, ut pignori dare liceat, *l. ult.* §. *de usur. l. fructus* 72 *ff. de reg. jur.* Non obstat *l.* 16. *C. de usufr.* quia non loquitur de oppignoratione usufructus; sed proprietatis, cujus pignorandæ jus nullum usufructuarius habet. Contra autem Jurisconsultus in *d. l.* 11. §. *ult. ff. de pign.* de servitutibus prædiorum urbanorum definit, nempe jura prædiorum urbanorum pignori dari non posse. Concepta est hæc definitio nominatim de servitutibus prædiorum urbanorum: unde quidam existimaverunt, eam ad jura prædiorum rusticorum non pertinere. Sed verius est non magis servitutes prædiorum rusticorum pignori dari posse, quam urbanorum; eandemque in proposito harum atque illarum esse rationem. Argumenta sunt hæc. 1. quia servitutes prædii, sunt prædii qualitates, *l. quid aliud* 86. *ff. de verb. sign.* prædio cui constitutæ ut subjecto suo sic inhærentes ut ab eo divelli nequeant, & in aliud transferri sine consensu domini prædii servientis, ac proinde non nisi oppignerato simul prædio oppignerari possunt, sicuti nec vendi possunt sine prædio: quamvis prædio vendito simul cum prædio, cui debentur transferuntur, *l. traditio* 20. §. 1. *ff. de acq. rer. dom. junct. l. cum essent.* 33. §. 1. *de serv. præd. rust.* Bronch. *cent.* 2. *ass.* 75. Prædio autem ipso oppignerato datur creditori petitio servitutis prædio jam ante impositæ, non quidem directa, sed utilis; sicuti & ipsius fundi ei utilis petitio datur, *l. ei qui* 16. *ff. de pign.* 2. Quia hæc oppigneratio servitutis esset inutilis creditori, propterea quod neque ipsi creditori deberi hujusmodi servitus potest, cum non sit servitus personæ; neque prædio creditoris; quoniam quæ servitus meo prædio debetur non potest transferri in aliud prædium, nisi consentiente domino fundi servientis, & tunc nova esset servitus. Imo tantum abest, ut possim servitutem meo prædio constitutam in alterius prædium transferre, ut ne quidem transferre possim, in aliam mei ipsius prædii partem, *l. ex meo* 24. *ff. de serv. præd. rust.* Et hæc quidem ita procedunt in servitute prædio constituta sive formali; ea non potest alteri oppignerari: Cæterum, possum prædio meo rustico servitutem imponere jure pignoris, id est, pacisci, ut fundus meus creditoris mei fundo serviat, donec pecuniam ei debitam, solvero, *l. sed an viæ* 1. *ff. pign.* qui textus uti de rusticorum tantum prædiorum servitutibus loquitur, ita & de solis rusticorum prædiorum servitutibus intelligendus est, non etiam de servitutibus urbanis, quia in his diversa ratio est, nempe quod servitutes urbanæ non nisi uni & ei, cui ab initio constitutæ sunt, utiles esse possunt: servitutes rusticæ etiam tertio alicui: quod paulo post plenius explicabitur. Valet autem hæc conventio non ipso jure (nam servitus prædii ad tempus constitui non potest, *l.* 4. *ff. de servit.*) sed prætor eam tuetur ob utilitatem contrahentium, *d. l.* 12. *in fin. ff. de pig.* quemadmodum & alias multa tuitione prætoris defenduntur, quæ ipso jure non valent, *d. l.* 4. *ff. de servit. l.* 2. *ff. comm. præd. l. si unus* 27. §. 2. *ff. de pact. l. obligationum* 44. §. 1. *ff. de oblig. cum similibus.* Ex causa autem venditionis sic ab initio quævis servitus tam urbana, quam rustica constitui potest ipso jure, *l. pen.* §. 1. *ff. de contr. empt. l.* 3. §. 2. *ff. de act. empt. l.* 6. §. 5. *ff. eodem*, quibus locis abutitur Cujacius. 15. *obs.* 6. ad ostendendum etiam formales servitutes vendi posse sine prædio, cum in iis tantum agatur de causalibus, ut Doctores nostri loqui amant, id est, de constituendis, non de constitutis. Sed nec illud verum est, quod Cujacius pro vero ponit, servitutes consti-

ſtitutas poſſe precario dari, per *l.* 3. *ff. de præd.* nam illic non agitur de ſervitute conſtituta data precario à domino prædii dominantis, ſed precario rogata à domino prædii ſervientis, & hic non tam jus aliquod reale conſtitui videtur, quàm perſonale. Multo minus idem colligi poteſt ex *l.* 8. §. 5. *ff. eod.* quippe quæ non de ſervitute precario rogata loquitur, ſed de ſervitute rei precario acceptæ debita.

Igitur, ut cœpimus dicere, ſervitutes formales, id eſt, jam conſtitutæ, ſive ſint ruſticæ, ſive urbanæ, pignori dari non poſſunt: quia ſine injuria domini prædii ſervientis efficere non poſſunt, ut ſervitus, quæ meo prædio debetur, debeatur etiam prædio mei creditoris, Fac. *arg. in l. ſervitutes* 20. §. *ſtillicidium* 5. *ff. de ſerv. præd. urb. l. ex meo* 24. *de ſerv. præd. ruſt. l. non debet.* 74. *de reg. jur.* At poteſt ſervitus prædii ruſtici, puta via, iter, actus, aquæ ductus, pignoris cauſa ab initio conſtitui, hac lege nominatim adjecta, ut pecunia ad diem non ſoluta, liceat creditori eam alii vicino vendere, *diſp. lib.* 12. *ff. de pign.* quia hic nulla fit injuria domino fundi ſervientis, qui ipſe ſibi hanc legem dixit. In ſervitutibus autem urbanis, licet eadem lege conſtituantur, idem receptum non eſt, *d. l.* 11. *in fin. ff. eod. junct. d. l.* 12. Ratio differentiæ eſt, quia unum & idem prædium ruſticum eandem ſervitutem per eundem locum pluribus prædiis præſtare poteſt, *l. qui per* 15. *ff. comm. præd. l.* 2. §. 1. *ff. de ſerv. præd. ruſt.* At unum & idem prædium urbanum uni tantum & ei, cui ſervitus ab initio conſtituta eſt. Jam verò non ſatis eſt ad hoc ut pignus ſervitutis ſit utile, creditorem habere prædium vicinum, ad cujus utilitatem pertineat ita conſtituta ſervitus: ſed etiam neceſſe eſt, ut hujuſmodi pignus poſſit diſtrahi, & reperire emptorem. Et ideo Paulus in *d. l.* 12. in hac conventione pignoris non tantum exigit, ut creditor vicinum fundum habeat: verum etiam, ut illud in conventione adjiciatur, ut ſi pecunia ad diem conſtitutum ſoluta non fuerit, liceat creditori ſervitutem ita ſibi pignoris jure conſtitutam, alteri vicinum item prædium habenti, vendere, quippe ſine quo pignus eſſet inutile, *l.* 4. *ff. de pign. act. l. mulier.* 11. *C. de diſt. pign.* Atqui creditori habenti ædes vicinas, cui verbi cauſa conceſſum eſt jus tigni immittendi, aut ſtillicidii, &c. non eſt alius vicinus, cui ea ſervitus uſui eſſe poſſit. Nam quod ex ædibus ſuis tignum immittit creditor in ædes debitoris, non æque alii vicino ex ſuis ædibus in eandem partem immittendi ullus eſt uſus utilitaſve: ac conſequenter id certe alter vicinus nunquam empturus eſt; & alius non vicinus emerit etiam fruſtra. Fingamus Titium, cum ædes depreſſas, interjectas inter ædes Gaii & Sempronii haberet, pignoris cauſa conſtituiſſe ſervitutem altius non tollendi Sempronio, poteritne hæc ſervitus etiam utilis eſſe Gajo, qui eam propterea empturus ſit? Nego Gajum empturum; quia & ſine emptione idem conſecuturus eſt. Urbanæ ergo ſervitutis pignus inutile eſt. At vero jus prædii ruſtici alii vicino diſtrahi poteſt, & is forſan magno id redempturus eſt, cum poſſit uno itinere pluribus patere aditus ad fundos ſuos. Molin. *extric. labyr. de div. & ind. p.* 3. *n.* 311. uſque ad *n.* 360. Ant. Fab. 19. *conject.* 6. & 7. Salmaſ. *de mod. uſur. pag.* 347. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 177. *n.* 12. *ad* Cujacium 15. *obſ.* 6. Duar. 2. *diſp.* 3. qui nec in totum nobiſcum ſentiunt, nec in totum à nobis diſſentiunt, nec ipſi inter ſe conveniunt.

CAPUT XXXIII.

An is, in cujus ædibus incendium ortum eſt, teneatur lege Aquilia ad reſarciendum damnum vicinis inde allatum, & an inquilinus ex locato locatori?

HÆc quæſtio ut expediatur, ſciendum eſt, incendia aliquando ad caſus fortuitos referri, interdum non referri. Quod incendium in alienis ædibus obortum occupat vicinas, quod à fulmine excitatur, aut à graſſatoribus & incendiariis immittitur, id inter caſus fortuitos numerari debet; ac proinde hoc, ab inhabitantibus præſtandum non eſt, neque actione locati, in qua culpa tantum levis, *l.* 5. §. 2. *ff. commod.* neque actione legis Aquiliæ, in qua quidem etiam culpa leviſſima venit, *l.* 44. *ff. ad leg. Aquil.* & omiſſio quoque ac negligentia (quamquam non ſimplex, *l.* 13. §. 2. *ff. de uſufructu.* ſed quæ admiſſa in facto præcedente aut concurrente, unde damni cauſa, *l. ſi ſervus* 27. §. *ſi fornicarius* 9. *l. quemadmodum* 29. §. 5. & *l. ſeq.* §. 3. *ff. ad leg. Aquil.* §. *præterea* 6. *Inſt. eod. & ibid.* Diod. Tuld. c. 7.) caſus autem fortuiti non veniunt. §. 3. *Inſt. d. tit.* quippe qui nec ullo in judicio & à nemine præſtantur, *l. ſi ex legati* 23. *ff. de verb. oblig. l.* 6. *C. de pign. act. l. contractus, de reg. jur.* & ita cape locos in *l. ſi quis* 9. §. 3. *l. ex conducto* 15. §. 3. *ff. locat. d. l.* 23. *in fin. ff. de reg. jur.* §. 3. *Inſtit. de empt. & vend. & ſimil.* Incendia autem intrinſecus orta cum culpa conjuncta eſſe ſolent, & ideo inter caſus fortuitos non numerantur, ſed exorta eſſe præſumuntur culpa inhabitantium, *l.* 3. §. 1. *ff. de offic. præf. vig. l.* 11. *ff. de per. & commod. rei vind.* Quando autem culpa ſeu ne-

negligentia præcedit casum, sola spectatur, non casus, *l. qui occidit* 30. §. 3. *ff. ad leg. Aquil. l. cum duobus* 52. §. 3. *ff. pro soc. l.* 1. §. 4. *in fin. de oblig. & act.* quamvis quod negligentia fit, etiam casu fieri interdum dicatur, & casus ponatur pro negligentia, *l.* 9. *ff. de incend. ruin. naufr. l.* 5. §. *ult. l.* 11. §. 2. *ff. de pœn.* quod notandum est.

Igitur cum incendia in ædibus alicujus oborta præsumantur culpa & negligentia inhabitantium excitata esse, hinc efficitur; ut nisi contrarium probent, de damno inde illato lege Aquilia teneantur. Hæc enim vis est præsumptionis juris, ut secundum hanc judicetur, nisi eam labefactaverit adducta rite in contrarium probatio. Rejicitur quippe hic onus probandi in adversarium, contra quem est præsumptio, ut nisi contrarium doceat, contra ipsum judicetur, *l.* 9. 12. §. *si chirographum* 24. & *l. seq. ff. de probat. l.* 16. *C. eod. C. requisivisti* 5. *ext. de testam.* Itaque ego hactenus adduci non potui, ut verum esse credam, quod D. Andreas Gail. *lib.* 2. *obser.* 21. *num.* 4. & ibi allegati pro vero ponunt, necesse esse ad hoc, ut inhabitantes de incendio teneantur, probari culpam certi & determinati hominis: alioqui neminem damnari posse, propter rei incertitudinem. Nam cum hæc præsumptio sit adversus omnes & singulos inhabitantes, si hujus præsumptionis vim ullam esse volumus, utique nisi de omnium quoque & singulorum innocentia doceatur, scilicet ignem innoxium ab iis habitum fuisse; aut extrinsecus immissum, sententia certa ferri, & aut paterfam. nomine damni dati condemnari poterit, nisi speciatim de sua diligentia doceat, *l.* 11. *ff. de per. & comm. rei vend.* aut si plures sint inquilini, æque principales pro indiviso, omnes, *arg. l. ita vulneratus* 51. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* Nec ulla lege aut ratione satis firma contrarium probari video. Nam quod de arguendo certi hominis facto dicitur in *l.* 6. §. *ult. ff. naut. caup. stabul.* id quidem verum est in casu damni dati in caupona publica, ubi præter eos, qui habitandi causa ibi sunt, aut quorum opera caupo utitur, sunt etiam repentini hospites & viatores, quorum culpam non præstat, etiamsi se innoxium esse non probaverit, *d. l.* 6. §. *pen.* sicut ex contrario eorum, quorum opera cauponam exercet; factum præstare debet, & in duplum eo nomine tenetur, *l. ult.* §. 1. *d. tit.* etiamsi ipse extra culpam sit, tantum ideo, quia culpæ aliquatenus reus est, quod opera malorum hominum præsertim tali in loco utitur, §. *ult. Inst. de oblig. quæ quasi ex del.* quippe cum etiam publica hic spectetur utilitas, dum securitati prospicitur iter facientium. Sed profecto neutrum horum ad casum nostrum pertinet, ubi paterfam. omnium suorum factum præstat, extra quam si doceat, se in custodiendo igne, eam adhibuisse diligentiam, quam debent homines frugi & diligentes præstare, per textum expressum in *d. l.* 11. *ff. de per. & commod. rei vend.* Quam diligentiam si adhibuerit, utcunque certæ personæ negligentia incendium ortum esse demonstretur, quam circumeundo & inspiciendo, an ignis recte haberetur, præcavere non potuit, ad sarciendum damnum non tenetur, *d. l.* 11. *de peric. & comm. rei vend.* Nam si is, cujus culpa arguitur, servus est, liberatur dominus noxæ deditione; si liber, ipse tenetur: quia certis tantum casibus simpliciter & præcise culpam suorum paterfamilias præstat, veluti si negligentia ejus ostendatur in arcisendo perdito aut dissoluto, *l. si servus* 27. §. *si fornicarius* 9. *ff. ad leg. Aquil.* aut si famuli, quorum ministerio navem, cauponam, stabulum exercet, in ipsa navi, caupona, stabulo damnum dederint, *l. ult. pr. ff. naut. caup. stab.* vel in eo actu deliquerint, cui specialiter præpositi, *l.* 1. §. *ult. ff. de publican. & vectigal.* vel ex cœnaculo ejus quid dejecerint, &c. *l. pen.* §. 2. *ff. de his qui effud.* quamquam hic, si servus id fecit, noxæ deditione dominus defungitur, *l.* 1. *l.* 5. §. 6. *d. tit.* Extra hujusmodi casus culpa familiæ dominum non onerat, si de sua diligentia docere poterit, *d. l.* 11. *ff. de peric. & commod. rei vend.* Ubi, ut hoc obiter moneam, quamvis D. Hotomannus, *l.* 5. *obs. c.* 10. pro eo, quod vulgo & in ipso quoque codice Pisano legitur, *cum incendium sine culpa fieri non possit*, legendum putet dempta negatione, *sine culpa fieri possit*, nihil demi necesse est. Movetur Hotomannus, ut negationem expungat, duplici ratione. 1. Quia & casu fortuito incendium accidere potest. 2. Quia alias sibi contradiceret Jurisconsultus, qui mox subjicit, posse incendium fieri sine culpa patrisfam. Utraque ratio indigna tanto viro, id est neutra alicujus momenti: non prior, quia quæritur illic de incendio in ipsis ædibus exorto, non de igne cœlitus immisso aut ab incendiariis excitato; non posterior, quia primo ubi de inhabitantibus & generaliter de omnibus in domo versantibus agitur: deinde specialiter de solo patrefam. Nulla autem contradictio est, sed utrumque verum, si dicam incendia, quæ in ædibus alicujus exoriuntur, non posse fieri sine culpa, & tamen posse fieri sine culpa patrisfam. quod & Cujacius. *lib.* 17. *obs.* 29. notavit.

Hinc jam dependet quoque decisio quæstionis, an inquilinus de incendio teneatur locatori ædium actione locati; de incendio, inquam,

orto in ædibus conductis. Nam si venditor insulæ ante traditionem combustæ nomine damni facti tenetur ex empto, nisi de diligentia sua probaverit, *l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* tenebitur utique & ædium conductor sive inquilinus ex locato, si ædes conductæ incendio consumptæ fuerint, nisi & ipse inculpabilem esse demonstraverit; quippe cum ratione culpæ eadem sit utriusque præstatio, *l. 5. §. 2. ff. commod. l. 23. ff. de reg. jur.* Atqui, ajunt plerique, etsi incendia præsumantur fieri culpa inhabitantium, tamen ista levissimæ tantum culpæ præsumptio est, quam conductor ex natura contractus non præstat, *d. l. 5. §. 2. commod.* Respondeo, nec venditor præstat, & tamen nisi diligentiam suam probet, tenetur. Sed neque Jurisconsultus in *l. 3. §. 1. ff. de off. præf. vig.* ait incendia præsumi fieri tantum culpa levissima inhabitantium, sed culpa simpliciter & absolutè: quoties autem verbum culpæ absolutè ponitur, in usu juris nostri fere non alia, quàm levis culpa significatur, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. ff. de neg. gest. l. 5. §. 2. ff. de in lit. jur. l. 1. §. sæpe 35. ff. depos. l. socius socio 72. ff. pro soc. l. in rebus 17. ff. de jur. dot.* & aliis innumeris locis. Levissima autem culpa passim per oppositam indicatur, verbo diligentiæ, aut custodiæ, quo summa & exactissima significatur, *dict. leg. 5. §. 2. ff. commod. dict. leg. 23. de regul. jur. l. cum res 47. §. 2. pen. de legat. 1.* & uno tantum loco verbum *levissima* expressum reperitur, nempe *l. 44. ff. ad leg. Aquil.* Quinimo Juris nostri auctores non plures in incendio videntur gradus facere, quàm doli & negligentiæ, *l. 9. ff. de incend. ruin. naufrag. l. capitalium 28. §. incendiarii 12. ff. de pœn.* Denique nec Glossa in *§. præterea, Inst. de obl. quæ re contr.* id dicit, quod ex ea communiter interpretes colligunt, levem culpam in casu nostro non præsumi, sed levissimam dumtaxat, cujus nomine agi non possit: verum levissimam culpam non nocere inculpabilibus, id est, qui omni culpa carent. Quod si aliud senserit Glossa, sine auctoritate & ratione locuta est, ita Fachin. *lib. 1. cont. c. 87.* Moller. *lib. 2. semestr. c. 31.* ubi ita judicatum refert in consilio regio Neapolitano ex Thom. Grammat. *decis. Neap. 3.* & receptum in scabinatu Lipsensi, vide & Joan. à Sande *lib. 3. tit. 6 defin. 9.* Dissentiunt comm. DD. Mynsing. *6. obs. 88.* Gail. *2. obs. 21.* Tulden. *comm. ad Inst. tit. de leg. Aquil. c. 8.* Matth. de Afflict. *decis. 57.* Non omnes tamen, qui ab his allegantur, idem cum iis sentiunt.

CAPUT XXXIV.

An actiones finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo 30. annorum præscriptione tollantur? & an longi temporis præscriptio 10. vel 20. annorum hic procedat bonæ fidei possessori?

Judicia finis regundorum, familiæ erciscundæ communi dividundo, passim in jure nostro dicuntur duplicia, propterea quod par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipuè reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quàm actoris partes sustinet, *l. in tribus 11. ff. de judic. l. 2. §. 1. ff. comm. div. l. inter cohæredes 44. §. qui familiæ 4. ff. famil. ercisc. l. judicium 10. ff. fin. regund.* eodemque sensu alibi dicuntur mixta, *l. actionis 37. §. 1. ff. de oblig. & act.* Longè verò alio sensu hæ actiones mixtæ dicuntur, sive mixtam causam obtinere à Justiniano, *§. quædam action. 20. Inst. de action.* nempe quod partim in rem esse videntur, partim in personam: aut utique ita in personam ut tamen fine & effectu nonnihil commune habeant cum actionibus in rem *l. 1. ff. fin. regund. junct. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Judicium familiæ erciscundæ redditur inter cohæredes de dividenda hæreditate: communi dividundo inter eos, inter quos res aliquæ communes sunt extra causam hæreditatis, *l. 1. ff. fam. ercisc. l. 1. l. 2. ff. comm. div.* Finis utriusque judicii, 1. ut recedatur à communione, & suam quisque partem pro diviso consequatur; in quo similitudo actionis in rem: 2. ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet lucri, damni, impensarum nomine: quæ sunt præstationes personales, *l. item Labeo 22. §. pen. ff. famil. ercisc. d. l. 2. §. 1. comm. div. l. quibus casibus 34. ff. pro soc.* Finium regundorum agitur inter eos, qui confines agros habent, ut fines ad suam normam redigantur, confinique restituantur, quod quis ultra istos fines habet, *l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1. ff. fin. reg.* quo posteriore aspectu & hæc actio pro rei vindicatione est, *l. 1. eod. tit.* Quid vero judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat docet nos Justinianus in *§. si famil. 4. & 2. seq. Inst. de offic. judic.*

Est porro hoc omnibus mixtis actionibus commune cum puris personalibus, ut triginta annorum præscriptione tollantur, *l. 7. C. de per. hæred. l. 3. C. de præsc. 30. annor. l. ult. C. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* ubi Justinianus inter actiones personales, quas omnes jubet triginta annorum spatio finiri, nominatim

tim etiam recenset hasce tres familiæ ercifcundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quanquam hæ pure perfonales non funt, fed aliquid de natura actionum in rem participant, unde iis nomen mixtarum. Procedit autem hæc 30. annorum præfcriptio, quando unus tantum ex confinibus, aut cohæredibus confortibusve poffidet: tunc enim alter, qui non poffidet, poft 30. annorum curriculum has actiones movere non poteft, & ita capienda loca modo adducta. Quod fi duo communes fines, communemve hæreditatem, aut rem fingularem communem poffideant, etiamfi per 30. annos in hac communione manferint, poteft alter adhuc eorum, qui diutius in communione permanere non vult, ad divifionem provocare, atque eo nomine fupra fcriptis actionibus experiri. Ratio eft, quia ne pacto quidem effici poteft, ut nunquam liceat à communione recedere, *l. in hoc judicio, n.* 14. §. 2. *ff. comm. div. l. ult. C. eod. l. nulla* 70. *ff. pro foc.* Quod autem nulla conventione effici poteft, id nec ullo temporis lapfu fieri debet. Eft & altera ratio, nempe quod nulla hoc cafu negligentia, in qua fundantur præfcriptiones, intervenire poteft. Nam quamdiu ftamus in communione & fimul poffidemus, alter alterum pro conforte aut confini habet & recognofcit, eoque præfcriptio currere non poteft: fiquidem fingulis pro indivifo poffidentibus fieri nequit, ut alter alterius partem ufucapiat, aut alterum lapfu temporis ob negligentiam excludat. Affert & aliam rationem Bronchorftius *cent.* 2. *affert.* 14. poft Coftallium in *l.* 1. *ff. fam. ercifc.* quod præfcriptio actionum non ante currere incipit, quàm ex quo natæ funt: actionem autem familiæ ercifcundæ, &c. non ante nafci, quam cohæredes ad divifionem hæreditatis provocare cœperunt. Quod dicit præfcriptionem non currere nifi poftquam actio nata eft, verum eft: fed falfum & ridiculum, quod ait, tum demum nafci actionem familiæ ercifcundæ, quando cohæredes à communione difcedere volunt. Imo nifi jam ante nata effet ex communione inter eos conftituta & quafi ex contractu, §. 3. & 4. *Inft. de oblig. quæ quafi ex contr.* fruftra eam intentarent, aut provocarent ad divifionem. Et quæfo qualis hæc collectio eft, difcedere à communione volentibus datur actio familiæ ercifcundæ, *l.* 1. *ff. fam. ercfic.* ergo eodem demum tempore nafcitur? Si ifta collectio bona eft, etiam hæc bona erit, volenti repetere depofitum, commodatum, &c. datur actio depofiti aut actio commodati; ergo non ante actiones iftæ nafcuntur, quam volet repetere: & in univerfum dicendum erit, nullam actionem prius nafci, quam cum quis ea experiri volet: nemo enim nifi volens agit, *tit. C. ut nem. inv. ag. vel accuf. cog.*

Denique ne tunc quidem, quando unus tantum ex hæredibus poffidet, contra alios procederet præfcriptio, quamdiu ad divifionem non provocarent: cujus tamen contrarium ipfe quoque Bronch. afferit. Sed hoc obiter cautionis loco.

Duo ergo dicimus. 1. Quando finguli confinium vel hæredum aut fociorum communiter poffident, & alter alterum ut confinem, cohæredem, confortemve agnofcit, nullam hic dari fuperiorum actionum præfcriptionem, propter rationes fupra memoratas. 2. Ubi unus tantum poffidet, triginta annorum filentio eafdem actiones excludi: inter quas etiam numeravimus actionem infinium regundorum, per textus rotundos in *l. ult. C. fin. reg. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* Sed duo hic nobis objiciuntur loci. Primus eft *l. pen. C. fin. reg.* ubi Imperatores ajunt, fubmoram effe quinque pedum præfcriptionem in judicio finium regundorum. Unde dicendum videtur nulla præfcriptione, quantumvis longiffimi temporis actionem de finibus regundis poffe tolli. Verum longe aliud eft, quod Imperatores ibi fignificant & conftituunt. Confirmant nimirum legem 12. tabularum & legem Mamiliam, quibus legibus cautum erat, ut inter confines agros fpatium 5. pedum relinqueretur à cultura vacuum, ut illac ire fine alterius incommodo agri colendi caufa, & aratrum circumducere uterque dominus poffet. Hoc fpatium appellatur gradus in *l.* 3. *ff. de term. mot.* neque id fpatium, ufucapi aut præfcriptione acquiri per legem 12. tabularum aut legem Mamiliam potuit, tefte Cicerone *l.* 1. *de legib.* propterea credo, quod ut res meræ cujufdam facultatis quinque ifti pedes inter confines agros inculti relinquebantur, per *l.* 2. *ff. de via publ.* Hanc utramque legem Imp. *in d. l. pen. C. fin. reg.* confirmarunt. Quod fi verò ultra illos quinque pedes lis moveatur de finibus terræ, tunc locus eft judicio finium regundorum, nifi ea actio triginta annorum præfcriptione fublata fit, nempe fi tam diu vicinus fines limitefque agri fui quiete & fine interpellatione judiciali poffederit. De qua re bene & doctè differentem vide Andream Alciatum *lib. de quinq. ped. præfcript.* Alter locus eft *l.* 2. §. Stichum 6. *verf. fed fi fundus, ff. pro empt.* cui geminus in *l. qui fundum*, §. 1. *ff. eod.* ubi ex contrario ftatui videtur actione finium regundorum etiam longo tempore præfcribi 10. vel 20. annis. Sed facilis hic refponfio eft, nempe cafum ibi poni,

quo

quo is, qui emit & pro emptore possidet, nunquam fuit confinis, sed statim fundum amplioribus finibus possedit: quo casu cum non de finibus regundis lis fit, sed de proprietate partis fundi, procedit usucapio seu longi temporis præscriptio.

Quid verò si aliquis bona fide justoque titulo per decem vel viginti annos fines communes vel fundum communem solus possederit, an non ille saltem partem confinis aut consortis, qui non possedit, dicendus est usu cepisse aut longi temporis possessione, quæsivisse? Respondeo, ne hoc quidem dici posse ex iis, quæ jam dicta sunt satis intelligitur. Nam qui rem communem licet bona fide possidet, ita tamen eam possidet ut personali sive mixta actione com muni dividundo, familiæ erciscundæ, aut finium regundorum conveniri possit: quas actiones non nisi triginta annorum præscriptione tolli supra demonstratum est. Imo nec petitioni hæreditatis breviori spatio præscribitur, quæ tamen in rem actio est, & tantum ob præstationes personales, quæ non officio judicis, sed jure actionis in eam veniunt, mixta personalis dicitur, *l. 7. C. de petit. hæred.* Non obstat, quod longo tempore dominium quæri dicitur: quia hoc non procedit in re, quæ cum alio communis est propter naturam personalis aut mixtæ actionis, siquidem bona fides possessoris sive rei conventi efficere non potest, quominus tanto tempore vivat actio, quantum ex natura sua aut lege habet, per *d. l. 7.*

CAPUT XXXV.

Quomodo inter fratres instituto familiæ erciscundæ judicio dividenda hæreditas?

INstituto forte inter fratres familiæ erciscundæ judicio quæritur, quomodo divisio à judice expedienda sit, utrum ita decernenda, ut major natu ex fratribus dividat, & minor eligat; an verò solius judicis arbitrio facienda? Priorem sententiam amplectuntur Canonistæ tanquam auctoritate juris Canonici nixam: posteriorum plerique, Legistarum sive interpretum juris civilis sequuntur, ut consentaneam legibus civilibus; quæ & nobis iisdem legibus consentanea esse semper visa est. De posteriore prius dicam, mox visurus an quid secus jure Canonico constitutum sit. Igitur posterior illa, quæ Legistarum & nostra sententia est, hanc rationem habet, quod uni semel judicis officium implorari cœpit, & causa in judicium deducta est, quidquid illud est, quod in judicio illo continetur, cognitioni judicis permittendum & reliquendum sit, *l. ædiles 25. §. item sciendum 8. ff. de ædil. edict.* Judicium autem familiæ erciscundæ non aliam ob causam instituitur, quam ut judex res singulas pro sua animi religione singulis hæredibus adjudicet, utique si res ipsæ sine incommodo dividi non possint. Unde in hoc judicio dicuntur fieri adjudicationes, quod notandum. Quod si ex hac adjudicatione oriatur inæqualitas, tum judex eum, cujus pars præponderat, vicissim in certam summam pecuniæ condemnare debet ei, cujus pars minor est, ut æqualitas per omnia conservetur, & tunc fieri dicuntur condemnationes, *§. 4. Inst. de offic. jud. l. Mævius 52. §. 2. l. si familias 15. ff. fam. ercisc.* Nulla hìc divisio uni è cohæredibus, nulla electio alteri permittitur, Fac. *l. 1. pr. l. 2. pr. ff. eod. §. quædam actiones 20. Inst. de actionib.* Frustra autem hic objicitur, *l. un. C. de his qui se defer. lib. 10.* quoniam quod ibi constituitur, jus est singulare, & invitamentum ad deferenda & fisco nuntianda tacita fideicommissa. Quod ut intelligitur, sciendum est, cum hæres clam fidem suam accommodat, puta per domesticam cautionem vel chirographum, ut hæreditatem incapaci restituat, hoc dici fideicommissum tacitum, atque id hæredi ablatum vindicari fisco, *l. in tacitis 103. ff. de legat. 1. l. in fraudem 10. ff. de his quib. ut indig. l. 3. pr. & §. 3. ff. de jur. fisc. l. 1. C. de delator. lib. 10.* Quo autem magis ad hujusmodi tacita fideicommissa fisco denuntianda invitarentur, placuit delatoribus etiam præmium aliquod pro delatione dari, & quidem, qui alios deferunt, certam partem eorum, quæ nuntiarunt, ferre; veluti quartam aut octavam. Qui verò se ipsos, siquidem sit hæres, à quo tacitè fideicommissaria hæreditas relicta est, incapaci, pro præmio tertiam partem assis acciperet, si is, cui ipsi tacitè relicta, profiteatur se capere non posse, dimidiam ei partem præmii vicem dari, *l. edict. 13. l. pen. ff. de jur. fisc. d. l. un. C. de his qui se defer.* putaverunt Principes ampliori præmio provocandos esse eos, qui se, quam qui alios deferunt; & quo difficilius quisque se ipsum defert, eo majore quoque præmio invitandum esse, ac proinde plus etiam præmii tribuendum fideicommissario, quam hæredi. Porro cum nec uxori rectè tacitum fideicommissum relinqueretur, propterea quod & ipsa lege Papia decimaria incapax esset, *l. ult. pr. ff. de his quib. ut indig. junct. l. 2. C. de infirm. pœn. cælib.* (ubi demum lex illa ab Honorio tollitur) Constantinus in *d. l. un. C. de his qui se defer.* uxori semetipsam deferenti non tantum partem dimidiam relicti, verum etiam electionem &

& optionem relicti, divisione à fisco facta loco præmii concessit. Quid verò hoc ad divisionem à judice faciendam inter cohæredes de dividenda communi hæreditate judicio familiæ erciscundæ contendentes, ubi tota res cognitioni & divisioni judicis permittitur? Neque verò, hic sive par sive inæqualis divisio facta sit, forti res committenda erit, ut malè etiam plerique Legistarum putant, Jas. post alios in *l. 3. Comm. de legat.* Fachin. *l. 6. cont. cap.* 37. Bronch. *1. miscell. assert.* 52. sed adhuc adjudicatione & indivisione impari adjudicatione & condemnatione res transigenda est. Nunquam enim in jure nostro sorte res dirimi debet, ubi negotium animi judicio explicari potest, *l. sacris 47. sub fin. pr. C. de SS. Eccles. l.* 8. *ff. de pact.* ubi prætor partes suas interponit, quia sciri potest, quid in casu illic proposito sit æquius, nimirum ut mitior sententia prævaleat. Simile exemplum est in §. 1. *vers. sin autem ipsi, Inst. de satisd. tut.* ubi item prætor partes suas interponere jubetur, quoniam causa cognita discernere potest, quis ex tutoribus administrationi magis sit idoneus, *l. testam.* 17. §. 1. & 2. *cum l. seq. ff. de testam. tut.* Quod si res animi judicio discerni aut expediri nequeat, tunc ex necessitate devenitur ad sortem: veluti si duo cohæredes ad judicium provocent, uter eorum partes actoris substinere debeat, sorte discerni solet, quia aliter res explicari nequit, *l. sed cum* 14. *ff. de judic.* Pari ratione si plures legatarii, quibus optio legata, aut unius plures hæredes circa electionem dissentiant, controversia sorte dirimenda est, quia scilicet nullæ hic partes prætoris, *l. 3. pr. C. Comm. de legat.* §. *optionis* 23. *Inst. de leg.* Simile exemplum in *l. generaliter* 24. §. *quid ergo* 17. *ff. de fideic. libert.* Atque nihil tale occurrit in judicio familiæ erciscundæ: quippe, cum semper in impari adjudicatione ad æqualitatem divisio revocari possit mutua ejus, cui plus adjudicatum, condemnatione. Quamobrem non obstat *l.* 5. *ff. fam. ercisc.* ubi in casu, quo, omnes ex iisdem partibus hæredes sunt, nec inter eos convenit, apud quem cautiones hæreditariæ esse debeant, sortiri eos oportere respondetur. Nullum enim isto casu officium judicis intercedit, sed totum id inter ipsos cohæredes citra judicium transigitur per *l.* 2. §. *ult. l.* 4. *pr. l.* 6. *C. fam. ercisc.* Eodemque fere modo respondendum est ad *l. 2. C. quand. & quib. quarta pars, lib.* 10. nam & ibi nullum officium judicis intervenit, sed jussu legis extra judicium partes fiunt, & sors definit, cujus electio esse debeat. Erratque adeo Jason cum iis, quos sequitur in *l. 3. C. comm. de legat.* contendens etiam in judicio divisorio familiæ erciscundæ sorte rem expediendam esse, *arg. d. l. 2. C. quand. & quib. quart. part.* Planè potest ex conventione inter cohæredes quocunque modo divisio fieri, nempe vel per sortem vel ut major dividat, minor eligat. Cæterum nihil ad quæstionem hanc, quæ est de officio judicis, apud quem familiæ erciscundæ agitur. Atque hæc quidem ex ratione juris civilis.

Canonistæ autem aliter statuunt, videlicet majorem natu auctoritate judicis dividere debere; minorem verò eligere. Non habent tamen Canonistæ ullum idoneum juris Pontificii textum, quo sententiam hanc confirment. Nam in *cap. 1. de paroch. & alien. parochian.* quod unum, agitur tantum de Episcopo ob hæresim Donatistarum ante remoto, & ad Ecclesiæ unitatem postea reverso, quem Pontifex vult in partem admitti prioris sui Episcopatus jam alteri Episcopo dati, & divisionem inter eos ita fieri, ut ille dividat, qui diutius in Episcopatu fuit: alter autem, qui breviore tempore eum tenuit, eligat. At hæc divisio fit sine judicibus, quia visum fuit non esse ex dignitate Episcopos ad arbitrum mittere. Profertur quidem & exemplum Abrahami & Lothi ex *cap. 13. Genes.* Sed nec inter Abrahamum & Lothum divisio in judicio facta fuit, neque illi cohæredes erant, verum Abrahamus per modestiam Lotho fratris sui filio, qui minor ætate erat, permisit, ut vel in dextram vel sinistram discederet, quo vellet: & alterum latus sibi relinqueret. Et quamvis Augustinus *lib. 16. cap. 20. de Civ. Dei* relata hac historia subjicit, hanc fortassis effectam esse inter homines pacificam consuetudinem, ut quando terrenorum aliquid partiendum est, major dividat, minor eligat: tamen inde non sequitur hoc locum habuisse in judicio familiæ erciscundæ: sed hoc tantum inde colligere est, in pacifica bonorum divisione, id est, extrajudiciali, hunc morem plerumque observatum. Atque eodem modo explicandum illud Senecæ, *lib. 6. declam.* 1. *Major frater dividat, minor eligat.* Cæterum Canonistarum sententiam in Camera Imperiali receptam esse tradunt Mynsing. 4. *observ.* 37. & Gail. 2. *obs.* 116. *n.* 12. Schurff. *cent.* 1. *cons.* 71. & secundum eam respondit Æmilius Ferretus *cons.* 1. quem laudat & sequitur Costalius in *l. 1. ff. fam. ercisc.* & sic quoque Senatum Sabaudiæ censuisse, Ant. Fab. *Cod. suo for. decis.* 2. & Mechliniensem Christinæus *vol. 2. decis.* 180. referunt: ac consuetudine eandem opinionem receptam esse testatur Guido Pap. *quæst.* 180. quanquam Ranchinus & Bertrandus noluut credi huic Guidonis testimonio, quoniam aliud

ju-

jure decisum est: at enim ubi de consuetudine constat, nemo est, qui dubitet, quin inveteratus usus fori pro lege habendus sit.

CAPUT XXXVI.

An ad res dividendas etiam actione pro socio agi possit, nimirum inter eos, quorum res communis est ex causa societatis?

COmmunio rerum vel ex conventione inducitur, quæ communio propriè societas dicitur, & ex contractu est: vel citra conventionem, veluti si duobus eadem res legata aut donata sit, *l. ut sit* 31. *ff. pro soc.* quæ communio quasi ex contractu nascitur, §. 3. *Inst. de oblig. quæ quas. ex contr. nasc.* quanquam & hi nonnunquam socii appellantur. In utraque autem communione locus est judicio communi dividundo, *l.* 2. *ff. comm. divid.* quo judicio hoc agi constat, tum ut sua cuique parte adjudicata à communione discedatur; tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine, *l.* 3. *l.* 4. §. 3. *ff. eod. tit.* unde est, quod hæc actio mixtam causam obtinere dicitur tam in rem, quam in personam, sicut & actio familiæ erciscundæ & finium regundorum, §. *quædam actiones* 20. *Inst. de action.* At actioni pro socio in utraque communione locus non est, sed tantum in ea, quæ est ex contractu, in consortio voluntario seu societate sic in usu juris propriè dicta, *ff. & C. pro soc.* quæ actio tota personalis est, non mixta, de quo inter omnes convenit. Illud autem quæsitum memini, an quemadmodum actione communi dividundo agitur tum ad rerum communium divisionem, sive communes sint cum societate, sive sine societate; tum ad personales illas, quas dixi præstationes; ita etiam inter eos, quorum res communis est ex causa societatis agi possit actione pro socio tam ad res dividendas, quam ad personales invicem præstationes. Et dubium quidem nullum est, quin actio pro socio pertineat ad præstationes personales, quas ratio societatis & natura contractus inducit: *l.* 1. *ff. comm. divid.* sed illud quæritur, an dumtaxat eo pertineat, an verò & ad rerum divisionem? Communis sententia est, socios ad rerum communium divisionem non tantum communi dividundo judicio agere posse, sed etiam judicio societatis.

Firmamenta hujus sententiæ hæc sunt. 1. Quia actio pro socio est rei persecutoria, *l. sed actione* 50. *ff. pro soc.* nemo autem dubitat, quin eo nomine veniat & res communis. 2. quia altera actio alteram tollit, *l. pro soc.* 38. §. 1. *ff. pro soc.* unde rectè colligitur tantundem in utraque prius fuisse. 3. Quia judicio societatis ab uno adversus alios instituto distrahitur societas, quasi tacita quadam renuntiatione, *l. actioni* 65. *pr. ff. eod. tit.* At hoc cum sit, etiam rerum, & vel maxime, intendi videtur aliqua divisio. 4. Quia Jurisconsultus in *l.* 1. *ff. com. divid.* non simpliciter ait actionem pro socio ad personales invicem præstationes pertinere, non ad communium rerum divisionem: sed *συγκριτικῶς* seu comparativè magis eo pertinere, quàm ad rerum divisionem. Ergo utique etiam ad rerum divisionem pertinet, licet non principaliter, ut judicium communi dividundo, sed per consequentiam dumtaxat, quasi hic sit istius loci sensus, in judicio communi dividundo venire præstationes personales per consequentiam, principaliter autem id agi eo judicio, ut res dividantur: contra autem judicium societatis principaliter pertinere ad præstationes personales, ad rerum divisionem tantum per consequentiam. Atque hisce quatuor argumentis communem sententiam adstruit & satis probari putat Valentinus Reimerus *quæst. jurisd. decis.* 11. *thes.* 5.

Cæterùm apud me hæc tanti non sunt, ut in istam me sententiam trahere queant. Et magis est, ut ad rerum divisionem actio pro socio omnino non pertineat, nunquam ea actione rerum communium intendatur divisio; sed tantum actione communi dividundo. Etenim differunt hæ duæ actiones non modo rebus, verum etiam petitione & fine judicii. In rebus hoc interest, quod communi dividundo actio non est nisi de re adhuc communi, *l.* 1. *in fin. ff. comm. divid.* At pro socio actio fere non est nisi de rebus, quæ communes non sunt: ut in commune redigantur, *l. cum duobus* 52. §. *idem Papinianus* 8. *l. si societatem* 72. & *l. seq. ff. pro soc.* aut si est de re communi, non id intenditur, ut ea res dividatur, sed ut conferatur in medium, v.c. potest actione pro socio agi de re communi, quæ sit apud unum ex sociis, quia forte eam dolo malo amovit, aut celandi animo contrectavit, *l. rei communis* 45. *ff. eodem*, non tamen agitur, ut de re communi, quo ea dividatur, sed ut de quavis alia re, ut in medio ponatur. Petitio quoque utriusque judicii dissimilis. Communi dividundo actio eò principaliter pertinet: ut res communes inter consortes dividantur atque à communione recedatur: sequuntur deinde & præstationes personales, quibus alter alteri propter communionem rerum obnoxius, *l.* 3. *pr. ff. comm. divid.* §. *quædam actiones* 20. *Inst. de action.* At actio pro socio

cio tantum eſt de perſonalibus præſtationibus extra diviſionem poſitis, & ideo ad diviſionem non pertinet, *l. 1. ff. d. tit.* quod aliis verbis declarat Ulpianus in *l. ſi actum* 43. *ff. eod.* ubi ait, actionem pro ſocio nominum rationem habere, & adjudicationes non admittere. Nomina appellat, quæ quiſque perſonali actione aliis debet, *l. ſervum* 44. §. *cum qui* 5. & *ſeq. ff. de legat.* 1. *l. qui chirographum* 50. *eod.* 3. Itaque quod dicit actionem pro ſocio nominum rationem habere, nihil aliud eſt, quam in hanc actionem venire præſtationes perſonales earum rerum, quas ſocius ſocio debet. Quod autem dicit actionem pro ſocio non admittere adjudicationem, eo aperte ſignificat eam actionem non ſpectare ad rerum diviſionem. Nulla enim diviſio rerum, quæ judicio petatur, eſſe poteſt ſine adjudicatione aut partium à judice diſcretarum, quarum ſingulæ ſingulis adjudicentur, aut totius rei, quæ ubi res commodè dividi non poteſt, uni adjudicari debet cum mutua ejuſdem condemnatione, §. 4. & *ſeq. Inſt. de off. judic.* Atque hinc eſt, quod ſublata communione actio communi dividundo ſimul tollitur, *l. 1. in fin. ff. comm. divid.* neque enim poteſt peti rei communis diviſio, ubi nulla res eſt communis: nec agi de præſtationibus perſonalibus eo judicio, quod una cum rei communione ſublatum eſt. At ſublata ſocietate nihilominus adhuc agi poteſt de iis quæ durante ſocietate contracta, *l. omne æs* 27. *l. nemo* 35. *cum ſimil. ff. pro ſoc.* imo & communione ſublata judicio communi dividundo poterit nihilominus de iiſdem præſtationibus agi actione pro ſocio, niſi & de iis actum communi dividundo, *l. pro ſocio* 38. §. 1. *ff. eod.* Cum itaque actione pro ſocio tantum agatur de præſtationibus perſonalibus, aut ut res, quæ communes non ſunt, in commune redigantur: de rebus autem communibus tanquam communibus nunquam, ſed ad hoc ſolummodo ut in medium proferantur, non ut dividantur & quiſque ſociorum partem in his pro indiviſo conſequatur, quod ſine adjudicatione, quam actio pro ſocio non admittit, obtineri nequit, ut ſuperius pleniſsimè probatum eſt, hinc efficitur & liquet perſpicuè, actionem pro ſocio ad diviſionem rerum non pertinere.

Reſtat, ut diluamus argumenta in contrarium adducta. Ad primum contrariæ opinionis argumentum facilis reſponſio eſt, nempe non ſequitur, actio pro ſocio eſt rei perſecutoria: ergo etiam perſequitur rem communem tanquam communem, ut ea dividatur: ſed hoc ſolum, ergo ea non agitur ad pœnam, ſeu quod in eam venit, res eſt, & id quod ex patrimonio nobis abeſt, *l. in honorariis* 35. *ff. de oblig. & act.* non pœna; ut intelligamus eam ex ante geſto non hæredibus tantum, ſed etiam in hæredes dari, *per vulg.* Quod ſecundo ajunt, actione communi dividundo conſumi actionem pro ſocio & retro, falſum eſt, & contrarium apertè reſponſum ab Ulpiano *l. ſi actum* 43. *ff. pro ſoc.* nempe ſi actum ſit, communi dividundo, non tolli actionem pro ſocio, cui non obſtat locus Pauli, quem proferunt ex *l. pro ſocio* 38. §. 1. *ff. eod.* nam ex ipſi Pauli verbis patet, eum loqui non de rerum diviſione, de qua alterutro horum judiciorum actum ſit, ſed tantum de præſtationibus perſonalibus, de quibus ait, ſi actum ſit communi dividundo, tolli actionem pro ſocio, & contra ſi actum ſit pro ſocio de iiſdem præſtationibus agi non poſſe communi dividundo. Hinc autem minimè ſequitur, facta ſola rerum diviſione in judicio communi dividundo tolli actionem pro ſocio, quæ ad diviſionem non pertinet, ſed ad perſonales invicem præſtationes dumtaxat, *d. l. ſi actum* 43. *ff. eod.* nec ſi actum ſit, pro ſocio, tolli actionem communi dividundo reſpectu præcipuæ petitionis hujus judicii ut ſcilicet res communes dividantur, & ſingulis in his ſua pars pro diviſo adjudicetur, in 3. argumento manifeſtus error eſt παρὰ τὸ ἑπόμενον. Nulla enim conſequentia eſt, actione pro ſocio diſtrahitur ſocietas; quaſi tacita renuntiatione: ergo ea actione & rerum communium intenditur diviſio: ſiquidem renuntiatio non alio directò tendit, quàm ad diſſolutionem ſocietatis; quia ſoluta nihilominus res, quæ antea communes erant, communes manent, & ut dividantur, opus eſt judicio communi dividundo. In quarto & poſtremo, quod ſumitur ex verbis *l. 1. ff. comm. divid.* & cæteris videtur ſpecioſius, vitium eſt παρερμηνείας. Nam quod ibi Paulus ait, pro ſocio actionem magis ad perſonales invicem præſtationes pertinere, quam ad rerum communium diviſionem, id non συγκριτικῶς, ut vulgo, ſed θετικῶς, non comparativè, ſed electivè ab eo dici intelligendum eſt: ut hæc ſit Juriſconſulti ſententia ſi quæratur, an actio pro ſocio pertineat ad utrumque caput, an verò ad actiones perſonales tantum? magis, id eſt, potius dicendum ſit, non pertinere ad utrumque, ſed tantum ad præſtationes perſonales: qua forma loquendi nihil eſt apud noſtros uſitatius, *l. 6. §. 1. ff. ſi ſerv. vind. l. plenum* 12. §. 2. *ff. de uſ. & habit. l. ſi vero* 11. §. *cum quidam* 12. *l. inter cauſas* 26. §. *non omnia* 6. *ff. mandat. l. 5. §. is quoque* 3. *de oblig. & act. & ſimil.* ita poſt Gloſſam Charondas & Pacius ad *d. l. 1.* Donell. *comm.* 13. c. 7.

c. 7. eademque videtur esse sententia Oldendorpii *class.* 4. *act.* 21. §. 6. *num.* 11. & Bachovii notantis Wesembecium *parat. ff. pro soc. n.* 12. Quibus omnibus adde, quod si dicamus actionem pro socio etiam pertinere ad rerum divisionem, atque ea quoque actione partem suam quemque persequi, adinstar ejus qui vindicat, quam partem & divisione rei consequatur actio pro socio non minus nullam causam obtinebit, tam in rem, quam in personam, & mixta dicenda erit, quam actio communi dividundo, *arg.* §. *quadam* 20. *Inst. de action. l.* 1. *ff. fin. regund.* quod tamen nec contrariæ quidem sententiæ auctores ausint affirmare.

CAPUT XXXVII.

An actio negotiorum electivè concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ ercifcundæ?

QUæstio hæc nata est ex locis in speciem contrariis, nam in *l. filiæ* 18. §. 1. *C. fam. ercisc.* Imperatores Diocletianus & Maximianus rescribunt tanquam de re ambigua, sumptus in communi hæreditate ab uno bona fide factos familiæ ercifcundæ judicio vel negotiorum gestorum actione servari posse. Et in eandem sententiam Divi Severus & Antoninus, solutum pro cohærede actione negotiorum gestorum vel familiæ ercifcundæ posse repeti, *l.* 2. *C. de neg. gest.* Contra in *l.* 18. §. *ult. ff. fam. ercisc.* in eadem specie datur sola familiæ ercifcundæ. Et in *l. Mævius* 52. §. 1. *ff. fam. ercisc.* ubi servus liber & hæres esse jussus cohæredibus suis id, quod apud eum reliquum est ex administratione rationum domini, non alio judicio præstat, quam familiæ ercifcundæ. Cui loco iterum è diametro videtur obstare *l. pen. vers. earum autem summarum, ff. de reb. cred.* ubi Africanus negat eo nomine competere cohæredibus servi actionem familiæ ercifcundæ, sed ait negotiorum gestorum dari debere. Sic in simili, ut videtur, casu Labeo actionem familiæ ercifcundæ dat, *l. fistulas* 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* quo Imperatores in *l. in familiæ* 20. *C. famil. ercisc.* actionem negotiorum gestorum dari debere, non familiæ ercifcundæ respondent. Ne quis autem putet nihil aut parum interesse, qua actione consors contra consortem experiatur, negotiorumne gestorum, an familiæ ercifcundæ, communive dividundo, is scire debet non esse easdem horum judiciorum præstationes. Nam judicio communi dividundo & familiæ ercifcundæ consors consorti hæresve cohæredi non obligatur ad præstandam exactissimam diligentiam, ut etiam nomine levissimæ culpæ alter alteri teneatur, quemadmodum negotiorum gestorum judicio tenetur gestor domino negotiorum, §. 1. *in fin. Inst. de obl. quæ quasi ex contr.* sed levis dumtaxat culpæ nomine, ut talem diligentiam præstat, qualem in suis rebus, *l. hæredes* 24. §. *non tantum* 16. *ff. famil. ercisc.* Quomodo ergo loca superiora ἐναντιοφανῆ conciliabimus: Adhibita nimirum distinctione, ut siquidem hæres vel socius in re communi negotium individuum gessit locus sit actioni familiæ ercifcundæ aut communi dividundo; si dividuum, actioni negotiorum gestorum. Individuum autem negotium intelligimus, quod cohæres aut socius non potest pro sua tantum parte gerere. Dividuum contra quod pro sua quisque parte gerere potest. Hanc distinctionem & conciliationem nobis suppeditant *l.* 6. §. 2. *vers. cæterum, ff. com. divid. l. hæredes* 25. §. *si unus* 15. & *seq. ff. fam. ercisc. l. si communes* 40. *ff. de neg. gest. l. fistulas* 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* Igitur ubi unus à cohæredibus rem communem vendidit & pretium percepit, cum eo non est cohæredi actio familiæ ercifcundæ, sed aut mandati, si mandatum præcessit, aut negotiorum gestorum, si cohæres ratam habuerit venditionem, quia suam solius partem vendere potuit, *l. in famil.* 20. *C. fam. erc.* Similiter, si pro communibus ædibus damni infecti vicinio in solidum cavero, negotiorum gestorum actione, non communi dividundo judicio, quod præstiti petere debeo: quia potui partem meam defendere sine parte socii, *d. l. si communes* 40. *ff. de neg. gest.* Ex contrario, si unus ex cohæredibus noxali judicio servum hæreditarium defenderit, & litis æstimationem obtulerit, cum hoc expedit; aut si unus legatorum nomine caverit, ne in possessionem mitteretur, quia hæc pro parte expediri non possunt, judicio familiæ ercifcundæ est locus, non negotiorum gestorum, *l. hæredes* 25. §. *si unus* 15. *ff. fam. erc.* Pari ratione, si unus è cohæredibus debitum hæreditarium solverit, ne pignus veniret, familiæ ercifcundæ judicio experietur, quia pignoris obligatio est individua, *l. his consequenter* 18. §. *ult.* & *d. l.* 25. §. *idem observatur* 14. *eodem.* Eamdem ob causam & in specie, *l. fistulas* 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* non negotiorum gestorum, sed familiæ ercifcundæ agitur, ut in fine §. indicat ipse Jurisconsultus. Nulla verò pugna est inter *d. l. Mævius* 52. §. 1. *ff. fam. ercisc.* & *d. l. pen.* §. *earum autem summarum, ff. de reb. cred.* quarum in illa etiam nomine negotii dividui à servo cohærede gesti datur cohæredibus ejus actio familiæ ercifcundæ: in hac eodem nomine sola negotiorum gestorum. Nam in illa casus

sus proponitur, quo pecuniæ ex administratione gesta vivo domino, reliquæ erant in hæreditate mortis tempore, & proinde non alio judicio, quam familiæ erciscundæ earum summarum nomine servus apud quem reliquæ sunt, cohæredibus tenetur. At in hac species proponitur contraria, quando scilicet servus pecunias à debitoribus Calendarii exegit demum post domini mortem quo casu cum potuerit suam solius partem exigere,& ita rem pro parte expedire, sola negotiorum gestorum actio adversus eum nomine exactarum summarum cohæredibus competit, ita recte Costalius & Cujacius post Glossam in *d. l. pen.* Bronch. *cent.* 2. *assert.* 13. Quod si ratio hujus distinctionis quæratur, ea non est usque adeo obscura. Nam cum cohæres vel consors negotium individuum gessit, creditur id fecisse, tanquam cohæres aut consors potius, quam alius quilibet, propterea quod id gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: & ideo hic locus est actioni familiæ erciscundæ aut communi dividundo. Quod si non propter partem suam causam gerendi habuit, sed cum eam per se recte administrare posset, nihilominus totam rem communem administravit, hoc casu partem cohæredis aut socii sui administrasse intelligitur tanquam amicus & negotiorum gestor, ratione nimirum contraria, itaque hic actio negotiorum gestorum dumtaxat competit, *l. hæredes* 25. §. *non tantum* 16. *ff. fam. ercisc. l.* 6. §. 2. *ff. comm. divid.*

Poteramus jam hinc discedere, nisi negotium nobis facesserent, *l. filiæ* 18. §. 1. *C. fam. ercisc.* & *l.* 3. *C. de neg. gest.* initio hujus capitis à nobis allegatæ, & denique, *l. liberto* 31. §. *ult. ff. eod. tit.* in quam, dum hæc scribo, forte incidit in *d. l. filiæ*, §. 1. Imperatores simpliciter rescribunt, non esse ambiguum, quin sumptus ab uno bona fide facti in communi hæreditate servari possint, vel familiæ erciscundæ judicio, vel actione negotiorum gestorum: quibus verbis videntur ei, qui sumptus fecit, potestatem concedere eligendi, qua actione experiri malit sine ulla distinctione negotii quod gestum est, utrum eos sumptus pro parte sua tantum facere potuerit, nec ne. Respondemus, quod illic ab Imperatoribus omissum est, sumendum esse ex aliis locis, atque utrumque intelligendum in casu suo habili: nempe ut sumptus servari possint judicio familiæ erciscundæ in negotio individuo, veluti si ædes communes fulsit, &c. actionem autem negotiorum gestorum in negotio dividuo, veluti si æs alienum hæreditarium solvit, aut ædium communium nomine damni infecti cavit, *l.* 3. *C. de neg. gest. l. si comm.* 40. *ff. de neg. gest.* Evertere autem totam hanc distinctionem videtur locus in *d. l.* 3. *C. de neg. gest.* in cujus loci casu secundo datur cohæredi, qui pignus liberavit, vel familiæ erciscundæ actio; vel negotiorum gestorum. Atqui pignus pro parte liberari non potest, *l. 1. l.* 2. *C. si un. ex plur. hær. cred.* ac proinde, si vera est distinctio supra posita, dicendum erat hoc casu non actionem negotiorum gestorum, sed solam familiæ erciscundæ, competere, sicut ab Ulpiano in tali specie responsum est, *l. his consequenter* 18. §. *ult. l. hæredes* 25. §. *idem observatur* 14. *ff. de hæred. petit.* Cæterum non est quod hac objectione moveamur. Duplex in *d. leg.* 3. *C. de neg. gest.* proponitur casus: unus, ubi totam pecuniæ summam cohæres solvit, pro qua nullum pignus datum erat, quo casu datur sola actio negotiorum gestorum: quia negotium dividuum est, ubi pecunia sine pignore debetur, *l.* 2. §. 1. *ff. de verb. oblig.* Alter, qui mox sequitur, est, cum pro communi debito hæreditario pignus datum est. Quia autem pignoris obligatio est individua, non potest unus è cohæredibus ne quidem ex parte illud liberari pro sua tantum parte solvendo, *l.* 1. *l.* 2. *C. si un. ex plur. hæred. cred.* Porro in hoc posteriore casu distinguendum est, utrum hæreditas jam ante divisa sit judicio familiæ erciscundæ & nihil commune remanserit, nec ne. Priore casu ex necessitate datur actio negotiorum gestorum, quoniam neque familiæ erciscundæ judicium intentum inrenrari potest, *l. si filia* 20. §. *familiæ* 4. *ff. famil. ercisc.* neque locus esse potest judicio communi dividundo, ubi nihil remansit indivisum, *l.* 1. *ff. comm. divid.* Posteriore casu ubi hæreditas nondum divisa est sola competit actio familiæ erciscundæ: quam distinctionem locus ipse suggerit. Nam prior casus est in vers. *sive pignoris liberandi*, usque ad illum, *vel judicio*, argumento à contrario verborum sequentium sensus posterior continetur his verbis, *vel judicio familiæ erciscundæ, si non est inter vos redditum.* Locus ultimus, qui huic nostræ & communi distinctioni objicitur, est *l. liberto* 31. §. *ult. ff. de neg. gest.* ubi ei, qui in defensione communis aquæ, id est, servitutis aquæ sive ducendæ sive hauriendæ, sumptus fecit, non communi dividundo, sed negotiorum gestorum actio datur: cum tamen servitutes prædiorum sint individuæ, *l.* 72. *ff. de verb. obl.* & ideo secundum distinctionem supra positam non negotiorum gestorum, sed communi dividundo actio dari deberet. Ant. Faber ad hunc locum in *rational.* respondet potuisse socium partem suam communis aquæ ita defendere ut tamen socii sui partem defendere non cogeretur:

tui : etsi enim servitus per partes acquiri non potest, tamen per partes posse retineri, *l.* 8. §. 1. *ff. de serv. l. si quis* 30. §. 1. *ff. de serv. præd. urb.* Ego dicerem nullam per se juris prædii communionem esse, & ideo hic non communi dividundo; sed negotiorum gestorum agendum per textum expressum in *l. arbor.* 19. §. 2. *ff. comm. div.* Communem autem aquam in *d. l. liberto*, appellari, quæ prædio communi debebatur.

CAPUT XXXVIII.

An in judicio familiæ ercifcundæ absolutio & condemnatio facienda in personis omnium.

SI in libello plures seu plura capita comprehensa sint, vix dubium est, quin sententia super aliquo aut aliquibus eorum lata valeat, nisi capita connexa sint, ita ut separari nequeant, *l. etiam* 29. §. 1. *ff. de minor. ubi Gloss.* Bart. *& alii*, *l. pen. C. de transact.* quot enim species sunt seu litis capita, tot sunt sententiæ, id est, tot sententiæ separatim ferri possunt, *l. quid tamen* 21. *ff. de recept. arbit. arg. l. scire debemus* 29. *ff. de verb. obl. & ibi Alex. l. pen. C. de sent. & inter loc.* Vant. *de null. sent. ex def. process. n.* 100. Sed & si unum dumtaxat caput libellus contineat, idem adhuc dicendum est, si plures sint in lite, & eorum quidam post litem contestatam reipub. causa abesse cœperint, neque defendantur; nempe sententiam ferri posse ratione præsentium, & absentium prospectu, judicium diffindi, *l. non idcirco* 44. *ff. de judice, & ibi Gloss. &* DD. nisi forte causa individua sit, *l.* 4. *ff. si ex nox. ca. ag.* Vant. *d. loc.* Quin & si generali judicio divisorio actum sit, puta familiæ ercifcundæ, & quædam ex rebus hæreditariis indivisæ relictæ, valet nihilominus sententia, & de rebus indivisis communi dividundo agi potest, *l. si filia*, 20. §. *familiæ*, 4. *ff. fam. ercisc.* At si unum dumtaxat sit litis caput & unus adversarius, aut etiam plures, qui defendantur, tunc judicium scindi non potest, ut de re in judicium deducta partim judicetur, partim non judicetur, sed totam causam sententia dirimi oportet, *l.* 19. §. 1. *ff. rer. arb.* v. c. si petitis 100. & probatis 50. reus in 50. condemnatus sit, non valebit sententia, nisi de reliquis 50. absolutus fuerit. In appellationis autem judicio sententia prior partim confirmari, partim infirmari potest, *l. quædam mulier*, 47. *ff. fam. ercisc. l. ult. ff. de jur. patron.* Bartol. *in l.* 1. *C. si adv. rem judic.* Ex quo porro illud sequitur, eandem sententiam partim justam esse posse, partim injustam, partim valere, partim non valere, ut in specie, *d. l. quædam mulier.* Divisio, quam fecit judex familiæ ercifcundæ, pro parte valet, pro parte non valet. Sed huic loco obstare videtur, quod Paulus respondet in *l. in hoc judicio* 27. *ff. eod. tit.* in judicio familiæ ercifcundæ condemnationes & absolutiones in omnium personis faciendas esse, & ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in cæterorum quoque persona, quod fecit judex, non valere, adjecta hac ratione, quia non potest ex uno judicio res judicata ex parte valere, in partem non valere. Quibus verbis hoc significat, judicem non posse de re, quæ tota in judicium deducta est, pro parte judicare, pro parte judicationem omittere. Et hoc vel maxime pugnare videtur cum eo, quod ante diximus, ubi plura sunt petitionis capita, sententiam super uno eorum latam valere, & in familiæ ercifcundæ judicio posse aliquid indivisum à judice reliqui, cujus divisio postea petatur judicio communi dividundo. Cæterum nullam hic esse pugnam, loco illo Pauli exposito, nempe *d. l. in hoc judicio* 27. *ff. famil. ercis.* parebit. Ait Jurisconsultus: *In hoc judicio condemnationes & absolutiones in omnium persona facienda sunt.* Quod notandum est. Ex eo enim intelligimus loqui Jurisconsultum de præstationibus hujus judicii personalibus, quæ damni, lucri, impensarum nomine inducuntur, non de rebus, earumve divisione. Ex utriusque constat judicium familiæ ercifcundæ, *l. item Labeo* 22. §. 4. *ff. fam. erc. junct. l.* 3. *ff. com. divid.* Si de rebus locutus esset, ita scripsisset. *In hoc judicio adjudicationes & condemnationes, &c.* ut in *l. cum putarem* 36. *ff. eod. l.* 2. §. 1. *ff. fin. reg.* Nam adjudicationes præcedunt, condemnationes sequuntur, §. 4. *Inst. de offic. jud.* at condemnationum & absolutionum nullus est inter se ordo. Omissa igitur adjudicationum mentio satis indicat non de rebus, quarum adjudicatio est, sed de personalibus invicem præstationibus tantum Jurisconsultum loquutum esse, quanquam & in rerum adjudicatione hoc observandum, ut de re, quæ tota in judicium deducta est, plena sententia feratur. Potest quidem aliquid in rerum divisione & adjudicatione indivisum manere in judicio familiæ ercifcundæ: quia res plures in hoc judicium appellatione familiæ deducuntur; & quod sic omissum est, potest dividi postea judicio communi dividundo, *l. si filia* 20. §. 4. *ff. fam. ercisc.* sed de qua re sententia fertur, de ea tota ferenda est non pro parte. Et sic quoque de præstationibus personalibus quæ specialiter in judicium deducuntur, judex non recte pronuntiat, nisi plene pronuntiet, facta scilicet, vel condemnatione vel absolutione in om-

omnium personis, à quibus petuntur. Quippe unum judicium non potest scindi in partes, ita ut de ea re, quæ in judicium venit, partim judicetur, partim non judicetur. Non potest, inquam, res in judicium deducta judicari pro parte, nec res judicata valere in partem tantum, de qua pronuntiatum est; in partem autem omissam non valere: sed causam, quæ tota in judicium deducta est, & totam sententia judicis dirimi oportet. Denique plena debet esse sententia judicis, *l. qualem* 19. §. 1. *ff. de recept. arbitr.* semiplena ne pro parte quidem valet. Declaremus rem exemplo. Quatuor sunt cohæredes, qui inter se agunt judicio familiæ erciscundæ. Primus, Secundus, Tertius, Quartus. Primo, qui impensas in communi hæreditate fecerat, Secundus & Tertius eo nomine pro suis partibus impensas sarcire damnati sunt; Quarti damnatio omissa. Non valebit hæc sententia, quia plena non est. Plena vero est, etsi non de omnibus præstationibus personalibus, quæ in judicium deductæ sunt, quasque à se invicem cohæredes petierunt, judicatum fit, dummodo in omnium persona unius ex iis nomine condemnatio, vel absolutio facta sit: quia & de capite uno litis sententia lata plena sententia est, *l. pen. C. de sent. & interloc.* quæ Græca Justiniani constitutio à Cujacio restituta est *l.* 12. *c.* 2. *obs.* & est communis sententia. Jam credo, apparet, nullam quoque esse discordiam inter, *d. l. quædam mulier.* 48. *ff. fam. ercisc.* & *d. l.* 27. *ff. eod.* Nam in specie, *d. l. quædam mulier.* judex non semiplenam, sed plenam sententiam protulit, de omnibus scilicet, quæ in judicium deducta erant, pronuntians nulla parte omissa: itaque non peccavit in regulam, *d. l.* 27. quamvis de una parte bene, de altera male judicasse dicatur. Nimirum aliud est de diversis partibus altera bene, altera male judicare: aliud de re tota in judicium deducta non integre, sed pro parte tantum & semiplene judicare, quod *d. l.* 27. & *l. ult. ff. de jur. patron.* improbatur. Nec hoc latuit D. Augustinum, qui breviculi cum Donatistis, *col.* 3. *legibus*, inquit, *judex prohibetur semiplenam proferre sententiam.* Cujac. *lib.* 23. *obs.* 1. Dices forrasse, cur igitur appellatur à sententia in specie, *d. l.* 27. lata? Respondeo, quia judex etiam libertos diviserat, qui nullo jure dividi poterant, cum non sint in patrimonio defuncti, nec in rebus hæreditariis. Itaque valet quidem hæc sententia, at per appellationem potest rescindi pro ea parte, quatenus male judicatum. Nullum enim dubium est, quin judex appellationis possit sententiam ab inferiore judice prolatam pro parte confirmare, & pro parte rescindere. Alii aliter responderunt, sed meo judicio, minus benè: quod nunc non tango.

CAPUT XXXIX.

Ad quodnam tempus referenda sit rei debitæ æstimatio, si ea creverit aut decreverit?

QUæstio hæc valde perplexa est, nullusque est hodie vel judex, vel patronus, vel jurisconsultus, qui non hæreat maneatque suspensus quoties, cum condemnatio facienda in rei petitæ æstimationem, quæritur, ad quod tempus æstimatio referri debeat, ut ait Cujacius, *tract. ad African.* 8. *in l. hominem* 37. *ff. mandat. in fin.* Natura & obligatione mutui continetur, ut res ejusdem generis & æque bona creditori reposcenti reddatur. *l.* 2. *pr. l.* 3. *ff. de reb. cred.* Dum autem res reddatur ejusdem generis eademque bonitate, liberatur debitor, quantacunque sit præsens æstimatio, quippe æstimatio extra rem est, & magis proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quem ex bonitate. Quod si res ipsa præstari non potest, aut non æque bona, ut necesse sit condemnationem fieri in rei æstimationem, hic jam locus est quæstioni propositæ, quodnam tempus in æstimatione ineunda spectandum sit. Atque hoc non in mutuo tantum, sed etiam in stipulatione & contractibus bonæ fidei, emptione, venditione, commodato, deposito, pignore, mandato, &c. quæritur. Primum dicam quid hic mihi respondendum videatur ex ratione juris scripti: deinde quid juris hodie in judiciis & foro obtinere plerique interpretes testentur.

Æstimatio petitur aut jure actionis, aut officio judicis, jure actionis, cum in obligationem deducta est à contrahentibus, puta cum quis eam stipulatus est, ut in specie *l. fundum* 18. *ff. de novat.* aut cum ab initio deberi cœpit, ut in specie, *l. hominem* 37. *ff. mand.* Officio judicis venit æstimatio, cum petitur res ipsa, quæ in obligationem deducta est, sed ea præstari non potest, aut non potest tam bona. Hic enim officio judicis in locum rei succedit ejus æstimatio, *l. plerumque* 10. *in fin. ff. de jur. dot. junct. l. si servum* 91. §. *ult. de verb. obl.* & ita cape *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* Cum petitur æstimatio jure actionis, quæstio hæc locum non habet, utrum creverit, an decreverit æstimatio. Eam enim æstimationem judex adjudicat, in quam debitor initio se obligavit, *d. l. fundum.* 28. *ff. de novat.* aut quæ ab initio deberi cœpit, ut in *d. l. hominem, ff. mandat.* Atque hoc efficitur certa ratione juris, quoniam tale quidque debetur, quale in obligationem deductum, estque hic æstimatio ipsum princi-

pa-

pale debitum, quod ex obligatione præstandum est: ideoque ficuti homine promisso ipse homo petitur, ita & promissa æstimatione, non nisi ipsa æstimatio, qualis & quanta in obligationem deducta est petenda & præstanda erit. At cum æstimatio petitur officio judicis, tunc procedit hæc quæstio, non in pecunia credita, cujus est perpetua æstimatio, *l. 1. ff. de contr. empt.* sed in frumento, vino, oleo, &c. mutuo datis, quæ pecunia æstimantur, *l. si ita 42. ff. de fidejuss.* item in cæteris rebus debitis ex quoque contractu. Veteribus in hac quæstione placuit hæc distinctio, ut siquidem convenerit, ut res certo die redderetur, in lite æstimanda spectaretur dies adjectus insuper habito, an contractus sit bonæ fidei, an stricti juris, *l. vinum 22. ff. de reb. cred. l. ult. ff. de cond. trit. l. qui autem 12. §. 1. ff. si quis caut. jud. l. si calendis 11. ff. de re jud. l. quotiens 59. ff. de verb. oblig. l. 37. §. 1. ff. mand.* Diem autem adjectum hic spectari cum dicimus, intelligimus ab eo tempore, ut termino à quo, debere judicem auctæ æstimationis rationem habere, in strictis judiciis usque ad litem contestatam, in bonæ fidei usque ad condemnationem, quasi mora contracta. Si convenerit, ut res certo loco redderetur, placet inspici, quanti res plurimi post moram contractam eo loco fuit, quo dari debuit, *d. l. vinum de reb. cred. d. l. ult. de cond. tritic.* usque ad litem contestatam ut extremum in strictis, usque ad rem judicatam in bonæ fidei judiciis, per *l. 3. §. 2. ff. commod.* Non obstat, *l. cum quis 22. ff. de oblig. & act.* Nam illa Jurisconsulti verba, *ejus temporis æstimatio spectanda est, quod satis accepit*, sic accipienda sunt, ut significetur id tempus, quo ut merx solveretur, fidejussor se obligavit: vel cum Cujacio iu *d. l. cum quis, tract. 3. ad African.* & in *l. quoties 59. de verb. oblig.* ponendus casus, quo fidejussor intervenit, cum jam dies venisset, quo reus sol vere debuit, *arg. l. 9. §. 3. ff. de pign. act.* Quod si pura sit obligatio, in bonæ fidei judiciis spectatur tempus litis contestatæ, ut terminus à quo, tempus rei judicatæ, ut extremum & terminus ad quem: nisi res perierit: quia res antea extincta non potest æstimari, quanti tunc est, cum sententia fertur, & ideo æstimatur, quanti fuit tempore interitus, per *l. 3. ff. de cond. tritic.* In strictis autem inspicitur tempus litis contestatæ dumtaxat, id est, ut terminus à quo & ad quem simul, *d. l. 3. §. 2. ff. commod.* nisi mora facta sit, quo casu tempus moræ est terminus à quo in utroque genere judiciorum. De strictis est in *l. hominem 37. §. 1. ff. mandat.* de bonæ fidei in *l. 3. §. ult. l. si sterilis 21. §. 3. ff. de act. empt.* Licet enim raro sine mora ad judicium perveniatur, *l. 3. pr. ff. de usur.* aliquando tamen id fieri potest, *l. sciendum 21. & seq. eod.* Itaque quantum æstimatio crevit à tempore moræ usque ad judicium acceptum in strictis, in bonæ fidei contractibus usque ad rem judicandam hic præstandum erit, *l. 3. §. 2. ff. commod.* Contra si creditor in mora fuerit, ex eo tempore res æstimabitur, quanti minimi, arg. à contrario. Quod si quis jam quærat, cur in strictis judiciis tempus litis contestatæ, in bonæ fidei tempus rei judicandæ, ut extremum spectetur? ratio hæc est, quia in strictis judex adstringitur formulæ petitionis: petitur autem res, uti nunc est cum petitur *l. 2. ff. de usur.* & hoc pertinet, *d. l. 22. ff. de reb. cred.* In bonæ fidei vero judiciis non ita est, judex formulæ non est adstrictus, & potest judex etiam eorum, quæ postea contingunt, rationem habere, sicut & exceptiones formulæ non insertas post litis contestationem potest admittere, *l. plane 38. l. ult. ff. de her. petit. l. 3. ff. de resc. vend.*

Non obstat, *l. 5. §. ult. ff. de in lit. jurand.* ubi si post moram aut culpa debitoris res perierit ante litem contestatam, & judex aditus sit, ea jurejurando in litem æstimanda dicitur, etiam in strictis judiciis. Nam liberum est actori recusare jusjurandum, si de æstimatione testibus aut instrumentis probare malit: utrumque enim jusjurandum in litem tam veritatis, quam affectionis actoris gratia comparatum est, *l. quod si 71. ff. de rei vind.* & quærimus hic non de æstimatione quæ fit à parte, sed à judice. Nihil quoque in contrarium facit, *l. cum fundus pr. 31. ff. de reb. cred.* quia illic nulla quæstio est de æstimatione rei petitæ, sed de fructibus, & accessionibus & causa rei. Certum autem est quod post judicium acceptum omnem causam actori præstandam esse, id est, id omne, quod habiturus fuisset, si tempore litis contestatæ res petita restituta aut soluta fuisset: hæc enim omnia una cum re tacitè in judicium deducuntur, & ad officium judicis pertinent, *d. l. 31. de reb. cred. l. præterea 20. l. & ex diversis 35. §. 1. ff. de rei vind. l. 2. l. 3. §. 1. l. videamus 38. §. si actionem 7. ff. de usur. l. ædiles 25. §. item sciendum 8. ff. de ædil. edict.* Non adversatur etiam *l. 8. §. 1. ff. de cond. furt.* ubi dicitur in condictione furtiva, quæ stricti juris actio est, si quæratur, cujus temporis æstimatio fiat id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit.

Nam quia fuit semper, hoc est ab initio rei ablatæ & quolibet momento motam facere intelligitur, ideo in condictione furtiva res, quanti unquam plurimi fuit usque ad litem contestatam æstimatur, *l. ult. in fin. eodem tit.* Fac. *l. pen. ff. de act. rer. amot.* Nec adversatur huic respon-

ponſioni, *l.* 2. §. 3. *ff. de priv. delict.* Neque enim hoc dicimus in conditione furtiva æſtimationem reſtringi ad annum retrorſus computandum ex die judicii accepti, ut fit in lege Aquilia, ſed contrario modo rem quanti plurimi fuit ex die moræ uſque ad acceptum judicium æſtimari magis obſtat *l.* 3. *ff. de cond. trit.* ubi in æſtimatione rei facienda condemnationis tempus ſpectari dicitur in conditione triticiaria, quæ creditur eſſe ſtricti juris. Reſpondet Pacius condictionem triticiariam non differre ab aliis actionibus ſpecie, ſed tantum qualitate adjectitia, & aliarum, quarum eſt adjectio, naturam imitari, *arg. l.* 1. *ff. eod. tit.* ſicut actio de peculio, inſtitoria, exercitoria, &c. non ſunt actiones per ſe conſtantes, ſed tantum actionum ex contractu puta mandati, depoſiti, ex empto, ex ſtipulatu, &c. adjectione, quarum actionum naturam & ipſæ imitantur. Quapropter caſus habilis in *d. l.* 5. ponendus eſt, nempe ſi triticiaria de æſtimatione agatur ex cauſa bonæ fidei judicii, puta ex cauſa commodati, depoſiti, pignoris, &c. non autem ſi eadem actione agatur ex cauſa mutui aut ſtipulationis. Ita Julius Pacius, *cent.* 3. *quæſt.* 72. alii aliter Ant. Faber. *l.* 18. *conject.* 4. putat *d. l.* 3. intelligendam de caſu, quo poſt condemnationem triticiaria de æſtimatione agitur, & fortaſſe rectius: ſed amplius deliberandum. Vide Cujac. *in l. quoties* 59. *ff. de verb. obl.* Don. *in l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* Duar. *ad tit. C. ſi cert. pet. c.* 8. Hotomann. *ill. q.* 10. Ant. Fab. 16. *conject. c.* 1. *& ſeqq. & Cod. for. tit. ſi cert. pet. defin.* 7. *& ſeqq.* Perez. *in C. eodem n.* 25. Bronch. *cent.* 2. *aſſert.* 19. Schiford. *l.* 1. *tract.* 20. *&* 8. *ſeqq.*

Cæterum ex communi interpretum ſententia cum de ineunda rei æſtimatione quæritur, nulla inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris facienda differentia, niſi cum agitur de rei æſtimatione per jusjurandum in litem ab actore probanda: DD. *poſt* Bart. *&* Caſtr. *in l.* 22. *ff. de reb. cred.* ita enim accipiunt, quod ſcriptum eſt in *l.* 3. §. 2. *ff. comm.* quia ibi etiam de jurejurando agitur. Sed tam in judiciis ſtrictis, quàm bonæ fidei inſpiciendum erit tempus moræ, ſi qua litis conteſtationem præceſſerit, & eo tempore res pluris fuerit; ſive mora re ipſa contracta ſit, ut puta venditore poſt acceptum pretium ceſſante in tradenda re vendita cujus tradendæ facultatem habet, ut in ſpecie, *l.* 13. §. *veniunt.* 20. *ff. l.* 5. *C. de act. empt.* ſive per lapſum dici in obligatione poſiti, ut in *d. lib.* 21. *& l.* 11. *ff. de re judic.* ſive per expreſſam interpellationem factam vel in judicio vel extra judicium oportuno loco & tempore *l. mora.* 32. *ff. de uſur.* Quod ſi tempore moræ res minoris fuerit, creſcet in ſingula momenta æſtimatio ab eo die, quo mora contracta eſt, in diem uſque condemnationis, ſi non medio tempore mora purgata, nec poſtea rurſum contracta ſit, *arg. l.* 8. §. 2. *ff. de cond. furt.* cum alioqui futurum ſit, ut moroſo debitori ſua proſit fruſtratio contra *l. hominem* 37. §. 1. *ff. mand.* Sed & poſt condemnationem creſcet æſtimatio per *l.* 3 *ff. de cond. tritic.* ſive à ſententia perperam & ſine cauſa provocatum ſit; ſive poſt quadrimeſtre, quod faciendo judicato datur, *l. ult. C. de uſur. rei jud.* novam moram contraxerit debitor jam condemnatus. Totius autem illius quadrimeſtris temporis induciæ, etiam cum mora præceſſit condemnationem, condemnati immunes erunt à periculo augmenti æſtimationis, ſi forte interea creverit. Interdum vero juxta eandem Interpretum ſententiam ſpectandum tempus contractus, eaque debebitur æſtimatio quæ tunc præciſe fuerit, nimirum ſi ita ferant verba contractus, & æſtimatio ipſa ſit in obligatione, obligatio autem ipſo contractus tempore oriatur, ut in ſpecie *l.* 28. *ff. de novat.* At ſi obligatio præſtandæ æſtimationis non ſtatim oriatur, ejus temporis habenda ratio, quo orietur, ut evenit in caſu *l. hominem* 37. *ff. mandat.* cum quis alterius mandato dari certum hominem fidejuſſit & ſolvit: quoniam ab eo demum die, quo ſolvit, naſcitur obligatio & jus petendæ æſtimationis, per *l.* 22. *ff. de oblig. & act.* actio autem mandati datur in id tantum, quod eo nomine actori abeſt. Hanc ſententiam propter communem interpretum fere omnium conſenſum Curias omnes nunc ſequi teſtatur Ant. Fab. *C. ſuo for. tit. ſi cert. pet. defi.* 15. nec in tam multis à ratione juris ſcripti abhorret, ut ille exiſtimat, *add.* Coſtal. *ad l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* Sand. *lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 8.

CAPUT XL.

An ſi convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia cauſa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?

Quæſtio hæc tota Academica eſt, cui cauſam dedere duo loci inter ſe contrarii, non in ſpeciem & μετὰ τὸ φαινόμενον, ſed ὄντως & revera: nempe *l. ſingularia* 15. *ff. de reb. cred.* & *l. qui negotia* 34. *pr. ff. mandat.* Ita jus eſt, ut quam pecuniam tibi credidi, ea non aliter mutua fiat, quàm ſi de mea tua facta ſit: in hoc enim mutuum damus, ut rerum creditarum dominium in accipientem transferatur, quod fieri non poteſt, niſi & is qui credit,

dit, dominus fit, *l. 1. §. in mutui 4. ff. de reb. cred. junct. l. nemo 54. ff. de reg. jur.* Atque hoc mutui adeo proprium esse putatur ut etiam nomen ab eo acceperit, quod de meo tuum fiat, *d. l. 1. §. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig. in pr.* Igitur si inter nos convenerit, ut tu pecuniam quam mihi ex causa mandati, societatis, emptionis, &c. debes, creditam tibi habeas; aut, si cum me mutuam pecuniam rogares, jusserim, debitorem meum tibi dare, pecunia credita non fiet: mutuum non erit: non enim mea pecunia fuit, quæ crediti nomine aut retenta est, ut in casu priore; aut tertio numerata, ut in posteriore; sed debitorum, *l. 1. ff. de lib. legat. l. Quintus Mucius 22. §. 2. l. scribit 34. pr. ff. de aur. arg. mund. leg.* Et hoc quidem efficit summi juris ratio, si videlicet κατὰ τὸ ἀκριβοδίκαιον res exigatur. Cæterum Ulp. in *d. l. 15. ff. de reb. cred.* ait, singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam, id est, quædam benignè recepta esse contra subtilitatem juris, παρὰ τὴν ἀκρίβειαν καὶ παρὰ κανόνας, ut bene Græci *in Basil.* & nimirum, ut quamvis pecuniam meam non acceperit, efficiatur tamen mutua, & eo nomine mihi obligeris, si convenerit inter nos, ut te eam tanquam à me tibi creditam mihi deberes. Cujusmodi duas species profert. Prima est, cum te mutuum rogante, non dedi ipse de meo, sed curavi, ut tibi daretur de eo, quod mihi debebatur, dum jubeo debitorem meum tibi dare. Hoc autem receptum est vitandi circuitus causa, & fictione quadam, quæ brevis manus dicitur in *l. licet 43. §. 1. ff. de jur. dot.* quasi ille mihi prius dedisset, ego deinde tibi *d. l. singularia in fin.* Nam & alias celeritate conjungendarum inter se actionem, id est, dum quod agimus, acceleramus, una actio sæpe occultatur, & quodammodo surripitur, *l. 3. pen. ff. de don. inter vir. & ux.* Species altera quam ejusdem rei confirmandæ gratia Ulpianus in *d. l. singularia*, affert, est, si convenerit ut pecuniam, quam ex alia causa, & nominatim ex causa mandati tu mihi debes, crediti nomine retineas: in qua & ipsa exemplo superioris mutuum admittit, & facilius etiam admittendum censet; quia quod in duabus personis receptum est, multo magis recipi debeat in una eademque persona: utique enim facilior fictio breviorque manus tibi est, ubi una tantum est manus, ut tu scilicet videaris nihil solvisse & protinus à me accepisse. Notandum hic obiter priorem obligationem non tolli conventione & constitui novam ex causa mutui? hoc enim pugnaret cum certo & explorato jure, quia novatio non fit citra stipulationem, *l. 1. l. 2. & pass. ff. C. de novat.* & novissimo jure non aliter, quàm si hoc ipsum à contrahentibus expressum fuerit, se novandi animo prioris obligationis tollendæ causa posteriorem contrahere, *l. ult. C. eod.* sed primam tolli solutione, quamvis sine conventione id non fiat: quia fingitur debitor pecuniam dedisse creditori, atque eo modo ex priore causa liberatus esse, eodemque tempore pecunia à creditore ad illum profecta, quæ res mutuum constituat. Est & alia species præcedenti non dissimilis, relata ab eodem Jurisconsulto in *l. rogasti 11. pr. ff. de reb. cred.* nempe si tibi mutuum roganti, quia pecuniam non hebebam, lancem dederim, ut venderes, & pretio utereris, tuque eam vendideris, & nummos acceperis hoc perinde habendum esse, ut si vendidissem ipse, & pecuniam inde confectam tibi numerassem. Prima species dubitationem non habet: nam & Africanus in *d. l. qui negotia 34. pr. ff. mandat.* fatetur benigne receptum esse, ut hujus modi in casu pecunia credita fiat. Sed idem responsum Africani de secunda, & tertia specie negotium facessit, & quidem tale, ut Peliam mihi lavare videantur, qui rationem componendi dissidii inter Ulpianum & Africanum quærunt.

DD. communiter circa speciem secundam, videlicet, si convenerit, ut pecunia debita ex alia causa, verbi gratia ex causa mandati credita fiat, ita distingunt, ut si quidem procurator pecuniam habuerit solutioni paratam, procedat sententia Ulpiani in *d. l. singularia* si non habuerit paratam, Africani *d. l. qui negotia*, & ita quoque Costalius in *d. l. singularia*, Corasius *6. miscell.* etiam hoc in responso Africani expendit, quod per epistolam inter absentes convenerit, quod etiam Donellus in *d. l. singularia* prætexit: sed neque illud, neque hoc potest impedire fictionem brevis manus. Pone Titium qui centum mihi debet, ex causa mandati aut qua alia, non habere paratam ad solvendum pecuniam, aut eum habitare Lutetiæ, cum ego habitem in Belgio, an propterea, quod debitor pecuniam in loculis non habet, fingi non potuerit soluta & retro tradita? Aut si alibi habitat, & per epistolam à me petit, ut eam pecuniam, quam ex alia causa debet, crediti nomine retineat, quid ni possit pactione hoc effici, ut credita fiat, eadem illa quam dixi, fictione brevis manus? At egerit Corasius nihil aliud in *d. l. qui negotia* ab Africano proponi, nisi quod epistola à procuratore ad dominum negotiorum missa sit: solius autem procuratoris voluntate à priore obligatione recedi, eamque solvi atque in aliam causam converti sine consensu domini non posse. Sed quis non videt,

det, quam stulta, si talem casum ponamus, sit quæstio? Digna scilicet quæstio, de qua Jurisconsultus adeatur & consulatur, an debitor, qui mihi centum debet ex causa mandati vel alia, se liberare, causamque debiti me ignorante aut non consentiente mutare possit; supponit Jurisconsultus creditorem epistolæ ad se missæ consensisse sive apertè per rescriptionem, sive tacitè, hoc ipso scilicet, quod apertè non dissensit, nec rescripsit, *l. si filiusfamil. 16. ff. de senat. Maced.* Constat autem, pacta rectè fieri per epistolam, *l. 2. ff. de pact.* & epistolam, cui consentit is, ad quem mittit, pro pactione esse, *l. dot. 15. ff. de fund. dot.* Jam verò Africanum in specie à se proposita epistolam pro conventione seu pactione accepisse ostendunt hæc ejus verba: *Alioqui dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam*, &c. item illa in *fin. pr. d. l. qui negotia tamen usuras, de quibus convenerit, præstare debeat*, denique & duo illa exempla, in quibus mutuum ex conventione admittit. Nemo autem unquam pactionem aut conventionem dixit pro voluntate unius, *l. 1. §. 1. ff. de pact. l. 3. de pollicit.* nec ita loqui Jurisconsulto integrum fuit, non magis quam vestem appellare supellectilem. Postremo fictioni, ut tu mihi videaris ex priore causa solvisse, & rursus ex causa mutui protinus à me accepisse, sine mutua conventione locus esse non potest. Ergo pactione nuda per epistolam id actum inter me & te proponitur, ut pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, debeas ex causa crediti: & quæritur, an ea pactione causa mandati conversa sit in causam crediti, quod negat Africanus: quamvis fateatur, usuras ex ea pactione peti posse, nempe actione mandati, & peculium nummorum ad procuratorem transire, *d. l. qui negotia, in fin. præsc.* Et igitur secundum Africani sententiam in specie proposita, pactio, de qua agitur, ad obligationem fortis ex causa mandati convertendam in obligationem mutui inutilis est. Atque hoc primum probare conatur argumentum ducto ab absurdo, quod alioqui dicendum sit, ex quolibet contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Respondet deinde duobus argumentis, quæ in contrarium afferri possent, quorum alterum ostendit esse à dissimili, nempe quod nummi, quos mihi debes, ex causa depositi crediti fiunt, modo convenerit inter nos, ut crediti fiant, quia hic nummi, qui mei erant, tui fiunt, *l. condicti 9. §. ult. ff. de reb. credit.* Alterum à simili quidem esse fatetur, nempe si debitorem meum jussero tibi mutuum rogandi dare pecuniam, eam creditam fieri: sed ait, benignè id in hoc casu receptum esse, quo innuit id non esse producendum ad consequentias, *l. quod verò 14. ff. de legib.* Notandum hic in transitu, quod si in specie initio ab Africano proposita, & de qua hic quæritur; solius debitoris, ut vult Corasius voluntas intervenisset, non alterum solum è duobus exemplis, quæ objiciuntur, dissimile esset, sed utrumque, & una eademque ratione utrumque rejici potuisset: quia scilicet in specie controversa unius debitoris, in exemplis objectis utriusque consensus intervenerit, quod & Schifordigerus *lib. 2. tract. 16. quæst. 5.* observavit. Quid verò Ulpianus in *d. l. singularia?* Is ex professo se opponit Africano, & quod ille negabat, affirmat, scilicet etiam in specie, de qua agimus, si convenerit, ut pecunia debita ex causa mandati, crediti nomine retineatur, creditam fieri; multoque magis in hac specie id recipiendum esse, quàm illa, ubi mutuum petenti jussi debitorem meum pecuniam dare, ducto argumento à minus probabili ad id, quod est magis probabile: quia inquit, quod in duabus personis receptum est, id etiam in una admitti debet. Probabilius enim est, ut fictio inducatur in una persona, quam in duabus: quippe facilius nulla interposita alia persona pecuniam, quam tu mihi debes ex alia causa, credere tibi possum, ut tu mihi videaris solvisse, & mox à me accepisse, quam per personam interpositam. Illud proculdubio non negasset Ulpianus, ea quæ benigne recepta sunt, non esse producenda ad alia, quæ minus sunt probabilia; veluti si fictio illa brevis manus in una tantum persona recepta fuisset: sed cum illa recepta sit in duabus personis; etiam ad id, quod est probabilius, ubi una dumtaxat persona est, eam producendam rectè existimavit. Eadem dissensio inter eosdem Jurisconsultos est & in tertia illa, quam supra posui, specie, si tibi mutuam pecuniam roganti, cum eam non haberem, rem aliquam vendendam dedi, ut nummos inde confectos mutuos haberes. Nam & in hac specie, si rem vendideris, mutuam pecuniam factam esse ait Ulpianus in *lib. rogasti 11. præscr. ff. de reb. cred.* nempe & si pretium acceperis, *l. 19. ff. de præscr. verb.* quod ex narratione facti satis intelligi putavit Jurisconsultus. Id enim actum esse proponitur, ut rem venderes & nummis utereris, acceptis scilicet, quoniam non nisi acceptis uti potes. Et quoniam in mutuo ex meo tuum fieri debet, etiam hic ex sententia Ulpiani fingitur pecunia prius à venditore tradita esse ei, qui rem vendendam dederat, deinde ab eo in venditorem iterum translata mutui causa, ut una actio hic occultetur vi-

vitandi anfractus gratia, *l. 3. §. pen. ff de don. inter vir. & ux.* Africanus autem in eadem hac specie plane contrarium respondet in *d. l. qui negotia pr. vers. bis argumentum*, nempe eum qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam ut creditam petere non posse. Nam quod quidam ajunt, in specie Africani ideo mutuum non contrahi, qui non convenit, ut nummi ex venditione redacti essent crediti, ut in specie Ulpiani; sed ut res ipsa vendenda data statim esset mutua, argentum ipsum lanx aut aliud vas argenteum, id est, certum corpus, in quo mutuum non potest consistere, *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* id textus ipse satis refellit: quod enim vendendum datur mutuum roganti, id ipsum non potest dici ei mutuo dari, sed hoc non alio fine fit; quam ut pecunia ex venditione confecta tanquam credita utatur. Quapropter omnibus bene expensis iterum dico, eos oleum & operam perdere, qui hoc inter Ulpianum & Africanum dissidium student componere. Et nimis puerile est credere nullam in corpore juris reperiri antinomiam, quia Justinianus hoc dixit, aut Tribonianus Justiniano persuasit. Utrius igitur sententia prævalebit? Quem hic sequemur? Ulpianum scilicet, qui & posterior est, & majorem æquitatis ac benignitatis, quam stricti juris rationem habendam putavit, juxta *l. placuit 8. C. de judic.* Cum contra Africanus nimium hac in parte religiosus & stricti juris retinentior fuerit. Non obstat huic responsioni, *l. ex pretio 6. fi cert. pet.* quæ est Imperatorum Diocletiani & Maximiani Ulpiano posteriorum: quoniam in illo rescripto non convenit, ut debitor pecuniam, quam ut pretium emptionis debebat, incipere deberet Nicandro ex causa mutui: sed cum revera ex causa emptionis deberetur, tantum simulate scriptum erat in instrumento, eam ex causa mutui deberi. Nulla igitur intercesserat conventio, ut ex causa crediti deberetur: id quod evidenter demonstrant verba ipsius rescripti, *simulatis pro infectis habitis.* Simulabatur ergo causa mutui, non revera agebatur, ut esset mutuum. Imo ex contrario sententia Ulpiani in *d. l. singularia*, illo Imperatorum rescripto confirmatur, quod utique si abesset simulatio, demonstrat, pecuniam debitam, ex causa venditionis nuda pactione in causam crediti posse converti, & de eo nulla hodie dubitatio est, *add.* Cujac. *tract. 8. ad Africanum in d. l. qui negotia, ff. mandat.* Schifordiger. *l. 2. tract. 26. q. 5.*

CAPUT XLI.

An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ post biennium opponere possit, onus probandi in se suscipiens.

SI quis scripto seu chirographo suo alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, nec intra biennium confessionem suam retractavit, is litteris obligatus est *pr. Inst. de lit. obl.* Hæc autem obligatio non est habenda pro merè civili, sed pro mixta seu civili & naturali simul, cui etiam competit definitio obligationis tradita, *pr. Inst. obl.* ut ex divisionibus subjectis patet. Sed illa, quæ ex confessione mutui accepti intra biennium competit, mere civilis est, & exitu inutilis, quia per exceptionem perpetuam non numeratæ pecuniæ infirmatur, *d. pr. & tot. tit. C. de except. non num. pec. junct. l. nihil interest 112. ff. de reg. jur.* Nimirum mixta obligatio duorum generum est; una verè talis; altera præsumptiva, qualis est obligatio judicati, confessi, jurisjurandi: & talis quoque est ea, quæ dicitur literarum. Nam sicut post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, non quæritur amplius, an debeantur, *l. post rem 56. ff. de re jud.* ita & post biennium non amplius quæritur, an pecunia confessa numerata sit, sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, confitentem obligat, *d. pr. Inst. de lit. oblig. l. si intra 8. C. de exc. non num. pec.* eademque fere ratione hæc obligatio defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, boni scilicet publici & litium expediendarum prætextu: Quid ergo si confessus intra biennium cautionem & confessionem suam non retractaverit quidem, sed paratus sit, probare pecuniam sibi numeratam non esse, an non erit audiendus? Non puto. Nam si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens est eum necessitate rei solvendæ jam ita adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit, est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundùm formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciat creditori, *Inst. de oblig. in pr.* atque hoc etiam expresse rescriptum est in specie debiti proposita, *d. l. 8. C. de non num. pec.* Cæterum Doctoribus communiter post Accursium & Bartolum contrarium magis placet, nempe debitorem post biennium adhuc audiendum, dummodo paratus sit docere de pecunia sibi non numerata: ita Baro. Schneid. Bachov. *ad tit. Instit.*

Instit. de lit. obl. Bronch. 2. *assert.* 22. Perez. *C. d. tit. de non num. pec. num.* 14. Moventur primo, quod exceptiones natura sua sunt perpetuæ, & tunc etiam, cum ex ea causa nascuntur, ex qua actio nata esset temporalis, *l.* 5. §. *ult. ff. de except. dol. mal.* Deinde quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli, *l.* 3. *C. de pec. non num.* quæ cum sine dubio perpetua sit, *d. l.* 5. §. *ult.* utique etiam post biennium competere debeat, etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Tertio, quia illicitæ exactiones admittendæ non sunt, *l.* 6. *ff. de offic. præsid.* Illicita autem & iniqua exactio est, si reus probare volens sibi pecuniam numeratam non esse, non audiatur. Postremo, quia non potest lapsus biennii debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solum tribuit debitori immunitatem probationis, *l.* 10. *C. de non num. pec.* ergo nec lapsus biennii amplius ei adimere potest.

Sed proculdubio verius est & scripti juris rationi magis consentaneum, debitorem post biennium non audiri, nec si ultro probationem offerat. Et enim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex litteris, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse; qui chirographum quidem suum seu causam obligationis agnoscit; cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet; intervenisse negat, licet ejus rei probationem offerat. Quod si probatio post biennium contra cautionem admitteretur, nec scriptura jam ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem; nec novum esset hoc obligationis genus, quod ex litteris nasceretur, sed ex re. Denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ, qua parte etiam major vis esset cæterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ, *l. generaliter* 13. *C. de pecun. non numer.* ex quibus tamen obligationem litterarum non nasci inter omnes convenit. In summa nulla esset revera litterarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide facienda, ut uni intra biennium incumberet probatio, post id tempus alteri: & consequenter expungenda esset è catalogo verarum obligationum illa litterarum. Loci juris in hanc sententiam manifesti sunt. In *l. adjeveratio* 10. *C. de non num. pec.* ajunt Impp. querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod certe non potest restringi ad probationis immunitatem. Ajunt enim querelam evanescere: quod utique falsum est, si post definitum tempus adhuc querelæ sive exceptioni locus est, licet probatio offeratur de pecunia non numerata. In *l. si intra S.C. eod.* scriptum est eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium quæstus non est, omnimodo debitum solvere compelli: non potest autem compelli, qui justam exceptionem habet. Imo ille debitor esse desinit; nec vere debitum appellari potest, quod propter exceptionem perpetuam peti nequit, *l. Marcellus* 66. *l. nihil interest* 112. *ff. de regul. jur.* Idem probat nec minus evidenter *l. in contractibus* 14. *pr. C. eod.* ubi verbis disertissimis cavetur, ne post biennium ullo modo querela de pecunia non numerata, introducatur: & ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit. Hoc amplius in *d. l. contractus*, §. 3. illud observari nominatim jubet Justinianus, ut ne liceat debitori, qui quæstus non est, post biennium creditori agenti in judicio deferre jusjurandum, cum tamen alias recusatio jurisjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur, *l. manifestæ* 38. *ff. de jurejur.* adeoque facilius admittenda fuerit jurisjurandi delatio, qua actor testis & judex in sua causa constituitur, ut rem uno verbo transigere possit, quam prolixæ & adversus invitum susceptæ probationes, *arg. l.* 1. *& l.* 2. *ff. d. tit.* Unde perspicuè apparet, Justinianum nullas omnino probationes post biennium admitti voluisse. His insuper accedit textus in *l. ult. C. de condict. ex leg.* ubi expresse cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam vero si cautio oblata probatione pecuniæ non numeratæ post statutum tempus condici non potest, ratio nulla est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Denique nec aliter Græci: sic enim Harmenopulus, *l.* 2. *prompt. tit.* 2. *n.* 4. ὁ λέγων ὅτι οὐ γέγονεν ἀρίθμησις εἰ μὴ ἐντὸς διετίας ἢ ἐναχθῇ, ἢ διαμαρτύρεται περὶ τούτου, οὐδεμίαν ἔχει δικαιολογίαν, id est, qui negat numerationem factam esse, nisi intra biennium conveniatur, aut de ea re contestetur, nullam habet defensionem. Postremo, uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota scilicet intra biennium querela, seu protestatione facta de pecunia minimè numerata, *d. l. contractus*, §. *ult.*

Argumenta in contrarium adducta infirmiora mihi videntur, quam ut hanc sententiam possint convellere. Nam quod primo producitur in genere de natura exceptionum, quod sint per-

perpetuæ, id ad eas exceptiones non pertinet, quæ etiam ultro à debitore per modum actionis proponi possunt. Exempli gratia, si filius exhæredatus sit in possessione hæreditatis, & scriptus hæres ab eo hæreditatem petat, potest filius in modum contradictionis sive excipiendo queri de inofficioso, *l.* 8. §. *si filius* 13. *ff. de inoffic. testam.* sed utetur hac exceptione dumtaxat intra quinquennium: sic enim proponere eam debet, quemadmodum ageret, si non possideret sed peteret, ut diserte ait Jurisconsultus dicto loco. Constat autem, actionem de inofficioso quinquennio finiri, *d. l.* 8. §. *ult.* & *l. seqq. l.* 16. *l.* 34. *in fin. C. eod.* Hoc vero ex eo est, quia potest nihilominus filius separatim sine petitione hæreditatis querelam movere ob hoc scilicet ut testamentum pronuntietur inofficiosum. Pari ratione exceptio non numeratæ pecuniæ ultra biennium non extenditur, quia & ipsa, creditore intra biennium non agente, per modum actionis induci potest: nam & cautionem suam confessus condicere intra id tempus potest condictione sine causa, aut ob causam dati causa non secuta, *l.* 7. *C. de non num. pec. l. ult. C. de cond. ex leg.* & ultro queri sive protestari de non facta numeratione, atque hoc pacto sibi acquirere exceptionem perpetuam, *lege octava*, *l. nona*, *l. contractus* 14. §. *ultim.* & *auth. seqq. C. de non num. pec.* Quod secundo loco afferunt de exceptione doli concurrente cum illa pecuniæ non numeratæ, colorem aliquem. Fatemur ultro, exceptionem doli concurrere cum exceptione non numeratæ pecuniæ, id est, confessum vel hac vel illa ad defensionem suam intra definitum tempus uti posse, *l.* 3. *C. eod.* sed negamus omnem exceptionem doli esse perpetuam.

Duplex enim est doli mali exceptio, una generalis, quæ cum cæteris omnibus exceptionibus concurrit, & ex omni causa nascitur, ob quam id quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum sit, *l.* 2. §. & *generaliter* 5. *l.* 4. §. *penult. l.* 12. *ff. de dol. mal. exc. l. si quis* 36. *ff. de verb. oblig.* altera specialis, quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, videlicet si quid ab initio gestum sit dolo malo, §. 1. *Inst. de except. l.* 5. *C. de inut. stip. l.* 5. §. *ult. ff. de dol. mal. except.* Hæc specialis doli exceptio perpetua est, & quidem non eo tantum sensu quo exceptiones peremptoriæ & perpetuæ dicuntur ab effectu, quod semel oppositæ semper agentibus obstent, §. *perpetua* 9. *Inst. de except.* quo eodem sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua est: nam & illa intra biennium semel contestata perpetuo obstat agenti: verum etiam respectu temporis intra quod opponenda, *l.* 5. §. *ult. ff. de dol. mal. exc.* at generalis illa doli exceptio naturam & conditionem earum semper sequitur, cum quibus concurrit, tanquam accessio quædam, *l.* 2. §. & *generaliter* 5. *ff. eod.* ut ecce, is qui decem debebat, pactus est cum creditore ne à se pecunia peteretur: hic ut pacti exceptio, quæ ex hac conventione debitori quæritur, lapsu temporis non interit, ita nec doli, quæ cum ea concurrit. Quod si pactus sit debitor, ne intra biennium à se peteretur, petenti intra biennium obstabit tam doli quàm pacti exceptio: at post biennium neutra, *d. l.* 2. §. *item quæritur* 4. *ff. de dol. mal. exc.* Sic qui usuras in futurum à debitore accepit, ei intra id tempus sortem petenti obstat exceptio pacti conventi, *l. qui in* 57. *ff. de pact.* & intra idem tempus propter hanc etiam illa doli generalis, *d. l.* 2. §. & *generaliter* 5. finito autem eo tempore cum illa & hæc expirat. Simili plane ratione, ut confessus intra biennium conventus vel exceptione non numeratæ pecuniæ, vel doli se tueri potest propter illam: ita post biennium ut illa cessat, ita & hanc cessare necesse est. Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur. Neque enim iniquum est, si rationem civilem spectamus, eum, qui proprio chirographo confessus est, se debere, sibi pecuniam numeratam esse, post silentium totius biennii hanc quasi contempti beneficii juris & negligentiæ suæ, pœnam luere, ut confessioni suæ literis testatæ omnimodo stare, & confessam pecuniam solvere cogatur, quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum responsum esto. Ultimum argumentum est ἐκ τῶν ἀντιστρεφόντων, quod in eos ipsos, qui illud proferunt, retorqueri potest, hoc modo: Quod biennium confesso tribuit, id lapsus bienni ei totum adimit; atqui biennium ei tribuit non immunitatem dumtaxat probationis, verum etiam & maxime exceptionem ipsam non numeratæ pecuniæ: ergo lapsus bienni utrumque adimit, quod & expressum in *d. ll.* 8. 9. 10. & 14. *C. de non num. pec.* quanquam nec argumentum à contrario sensu contra textus expressos procedere notum est, *præf. Evebr. in op. leg. loc.* 82. *n.* 4. *pr.* Plane si debitor neget suam esse scripturam, aut dolose inductum dicat coactumve vi, ut confiteretur, aut dicis tantum causa numerationem intervenisse, cum aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere nemo est qui negat, *vid.* Joan. Fab. Wesemb. *ad tit. Inst. de lit. oblig.* Tulden. *ibid. c.* 3. Duar. *ad tit. C. de non num.* pe-

pecun. c. 1. Donell. *ad l.* 8. *ejusd. tit.* Fachin. 2. *contr.* 81. Gudel. *lib.* 3. *de jur. noviss. c.* 6. Zanger. *p.* 3. *de except. c.* 14. *n.* 55. & *seqq.* Cæterum usu forensi recepta est communis Glossæ, Bartoli & aliorum sententia, contendentium etiam post biennium audiendum esse debitorem, modo ipse paratus sit ostendere, pecuniam sibi numeratam non esse lapsumque biennii creditori tantum prodesse ad translationem oneris probandi in debitorem. Gomez. 2.*resol.* 6. *n.* 7.Moz. *de contr. tit. de mut. num.* 9. Zanger. *ubi sup. num.* 66. Ant. Fab. *C. suo for. de non num. pecun. defin.* 1. Christin. *vol.* 3. *decis.* 37. Sande *lib.* 3.*tit.* 2.*defin.* 1. In Gallia & plerisque Belgii provinciis,non est melior conditio cautionis pecuniæ creditæ,quam cæterarum cautionum,agnoscentique chirographum suum, & excipienti de pecunia non numerata, hujus exceptionis probatio tam ante,quàm post biennium imponitur, & præterea fiduciata pecuniæ petitæ consignatio. Hoc obiter *vid.* Christin. *ubi sup.* Gudelin. *d. c.* 6. *in fin.* Imbert. 1. *Inst. for. c.* 35. Cyprian. *cens. Belg. ad tit. Inst. de lit. oblig.* Grœnevv. *d. ll. abrog. ad tit. C. de non num. pec.* & *ibi citat.*

CAPUT XLII.

An jusjurandum judiciale recusari possit delatum ab actore, qui nihil probavit?

NOtum est, tria esse jurisjurandi genera litis & controversiæ decidendæ gratia comparata, voluntarium, necessarium & judiciale, his enim nominibus distinguuntur in *rubr. ff. de jurejur.* & *C. ult. ext. eod.* Voluntarium est, quod ex conventione à parte parti defertur extra judicium, id est ante cœptum judicium sive ante litem contestatam, *l. jusjurandum* 17. *pr. ff. d. tit.* Dictum autem est voluntarium, quia ex voluntate litigantium totum pendet, & ab initio vel suscipi vel non suscipi potest, nec is,cui delatum est, illud referre, nec is, qui detulit, si id ei ab adversario referatur, jurare habet necesse, *d. l. jusjurandum.* Itaque huc non pertinet regula,*l. manifestæ* 38. *ff. eod.* ex susceptione autem, quod ab initio erat voluntarium, jam necessarium fit,Beuster.*ad Rubr. eod. n.*54. & *seqq.* Borcholt. *tract. de jurejur. c.* 7. *n.* 2. Jusjurandum necessarium est, quod in judicio propter inopiam probationum, causis dubiis uni ex litigatoribus à judice defertur altero invito, *l. admonendi* 31. *ff. de jurejur. l.* 3. *C. de reb. cred.* quod sic appellatur, 1. respectu causæ, quæ aliter expediri nequit propter inopiam probationum, 2. respectu personæ, cui id defertur, quia id subire cogitur, aut pati contra se sententiam ferri, 3. respectu ipsius judicis: eo quod vel quando non defert, vel sine causa defert, litem suam facit, Marant. *spec. p.*6. *act.* 9. *de jur. n.* 2. alias suppletorium dicitur, & generali appellatione jurisjurandi judicialis quoque continetur, *l. pen. pr.* §. 1. & 2. *C. de reb. cred.* Jusjurandum judiciale est quod in judicio seu lite jam contestare defertur, vel ab ipso judice postulante uno ex litigatoribus, vel ab uno litigatore alteri præsente & approbante judice, *l.* 1. *l. jurisjurandum* 34. §. *ait prætor* 6. *l. tutor.* 35. *l. manifestæ* 38. *ff. de jurejur. l. delata* 9. *l. pen. C. de reb. cred.* Hoc jusjurandum in specie judiciale dicitur, estque generis mixti: nam si deferentem spectamus, voluntarium est: si eum, cui defertur, ex parte necessarium: necessitas in eo, quod saltem referre cogitur quin & qui semel detulit, referente adversario ipse jurare debet, aut pati sententiam pro adversario ferri *d.l. Jusjurandum* 34. §. *datur* 7.*d.l. manifestæ*,38. *ff.de jurejur.* Ad hoc autem postremum genus solum quæstio hic proposita pertinet. Illud igitur quæritur, an actor, qui nihil probavit, & nulla præsumptione juris adjuvatur, possit reo deferre jusjurandum judiciale eo effectu, ut nisi reus, aut jusjurandum referat, sententia Judicis sit condemnandus. Negant *Glos. in l.* 3. *C. de reb. cred.* Bart. Bald. Salic. Abb. & alii quos refert Mascard. *de prob. vol.* 2. *conclus.* 937. *n.* 7. Hartm. *obs. pract. tit.* 13. *obs.* 3. Ant. Fab. *Cod. suo for. tit. de reb. cred. defin.* 25. Caroc. *de juram. lit. decis. q.* 1. *principali*, ubi *n.* 4. hanc opinionem ait magis esse communem. Argumenta, quæ asserendæ huic opinioni afferuntur,hæc fere sunt. 1. Actor & reus ad imparia obligari non possunt. At reus actore intentionem suam probante condemnatur, ita ut ei non liceat actorem ad juramentum provocare, *c.* 2. *ext. de probat.* Ergo ex contrario actore non probante reus absolvendus erit, etsi non juret, etsi nihil ipse præstet, ut est in *l.* 4. *C. de edend.* 2. Non sunt petendæ probationes de domo aut è sinu rei, *l. nimis grave* 7. *C. de testib.* sed quicumque judicio agere cum aliquo instituit, eum oportet propriis allatis probationibus reum convincere, *l.* 9. *C. de oblig.* & *act.* in quo si defecerit, is qui convenitur, obtinere debet, quamvis nihil ipse præstiterit, & consequenter, quamvis non juret, *d.l.* 4. *C. de edend.* Non probat autem qui jusjurandum defert, sed ille potius, cui defertur, & qui illud præstat. 3. Si jusjur. judiciale reo invito deferri posset ab actore nullas alias probationes afferente,quicumque cogitabit non posse se extra judicium jusjurandum invito defer-

ferre causam dolo malo in judicium deducere poterit; atque ita pro arbitrio molestiam creare adversario ei deferendo jusjurandum judiciale. 4. Pro firmamento hujus opinionis adducuntur loci aliquot ex utroque jure, nempe *c. ult. pr. & §. 1. ext. de jurejur. l. antepenult. & l. pen. C. de reb. cred. l. eos qui 26. §. ult. C. usur. l. admonendi 31. ff. de jurejur.* Cæterum ego contrariam sententiam sequi malo, nimirum jure publico permissum esse actori, etiamsi nihil probaverit, reo deferre jusjurandum judiciale, qui id aut subire, aut referre cogatur, recusantem autem sine justa causa pro confesso & convicto habendum atque à judice condemnandum esse, quæ & communis & recepta sententia est, *testib.* Rod. Suarez *in l. 4. fori tit. de juram. num. 6. & seqq.* ubi allegat Cast. Aug. Alex. & Alber. & alios Schneid. *in §. item si 11. post* Jason. *Instit. de action. num.* 21. Gilken. *ad l. 3. C. de reb. cred. num.* 7. Fachin. 1. *cont.* 19. Cujac. 22. *obs.* 28. Duar. *in prior. comm. de jurejur. c. 6. & in posterior. c.* 3. Donell. *ad tit. de jurejur. c. 12. n. pen. & ult.* Christ. *vol. 3. decis. 1. num. 2. & ibi citati* Osascus & Thesaur. plurésque alii apud Mascard. *de probat. vol. 2. conclus. 957. n. 9.* Et secundum hanc sententiam memini me ex facto consultum bis terve respondisse: nec aliter potui, cum tot sint in hanc rem loci clari & perspicui, *l. tutor. 35. pr. ff. jurejur.* ibi, *omnibus probationibus aliis deficientibus, l. cum de indebito 25. §. pen. ff. de probat.* ubi ei, cui onus probationis incumbit, licentia conceditur adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre absque ulla distinctione, *l. pen. pr. C. de reb. cred.* ibi, *vel in principio litis.* Ergo & quo tempore nihil dum probatum est, *l. ult. §. licentia 10. C. de jur. de lib.* ibi, *vel per sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint.* Edictum quoque prætoris indistinctè loquitur *l. jusjurandum 34. §. ait prætor. 6. ff. de jurejur.* ut & Impp. *in l. 9. C. de reb. cred.* denique & generalis est definitio Pauli in *l. manifestæ 38. ff. eod. ad d. l. ult. C. de fideicom.* Ratio hujus sententiæ hæc est, ut actor, cum omnes ei deficiunt probationes aliæ, saltem metu divini numinis extorqueat veritatem adversario: & secundum hoc rectè Donatus in Hetyra Terentii, *ubi*, inquit, *argumenta & testimonia deficiunt, jurejurando opus est.* Juri quoque divino hæc sententia optime convenit. *Exod. cap. 22. vers. 10. & 11.* qui locus clarè ostendit, ubi hominum desunt testimonia, ad Deum testem posse provocari, præsertim quando asserendum est, quod in conscientia latet: quo respiciens Apostolus *epist. ad Hebreos c. 6. vers. 16.* πάσης inquit ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ὁ ὅρκος, nec ulla hic prætexti potest jurisjurandi recusandi causa, nisi metus perjurii, eo quod recusant sibi conscius sit se, quod petitur debere.

Ad primum contrariæ sententiæ argumentum respondeo, esse illud à dissimili: nam cum actor instrumentis aut testibus intentionem suam legitimè provabit, & de jure suo plene docuit, jam causa est satis liquida, ut non oporteat eum onerari superfluo jurejurando: at nulla facta probatione contendere actore sibi deberi, reoque id negante res est dubia, atque adhuc decidenda & quia deficit probatio ordinaria confugiendum ad subsidiarium illato jurejurando. Ad secundum respondeo, tantum abesse, ut actor, qui probationibus destitutus reo jusjurandum defert probationes de domo rei sumat, onusve probandi ei imponat, ut etiam eum ipsum testem & judicem in propria causa faciat, *l. ult. C. de fideicomm.* & qui ob id, si jurare recuset, merito habendus sit pro confitente se malam causam habere, *l. manifestæ 38. ff. de jurejur.* Diod. Tulden. *in Cod. tit. de reb. cred. n.* 4. Ad tertium incommodo quod his objicitur, occuri posse juramento calumniæ. Notum enim est, eum qui jusjurandum de lite detulit, adversario postulante de calumnia jurare debere, id est, se non calumniandi seu vexandi, adversarium religione utendi animo jusjurandum deferre, sed quia ita uti dicit, se rem habere sibi plane persuasum sit, *l. jusjurandum 54. §. 4. ff. eod. l. ult. C. de fideicomm. l. 9. C. de reb. cred.* Neque hæc jurisjurandi de calumnia species, quamvis rarior hodie usus sit, prorsus exolevit, ut generale illud, quod in exordio litis ab utroque litigatore jure communi præstandum est, de quo *text. in l. 2. in fin. pr. C. de jurejur. propt. cal. §. 1. Inst. de pœn. tem. litig.* sed si exigatur, adhuc præstandum, juxta *d. l. 34. §. 4.* Wesemb. *par. ff. de jurejur. num.* 9. Damhoud. *prax. civ. c.* 151. Merul. *lib. 4. distinct. 4. sect. 3. tit.* 8. Groenevv. *tract. de ll. abrog. ad tit. Inst. de pœn. tem. litig.* Ad locos qui in contrarium adducuntur, facilis responsio est. In *c. ult. pr. ext. de jurejur.* hoc dicitur, juramentum quod in judicio à parte parti defertur, recusari posse, licite ac referri. Quis verò negat posse recusari; dummodo simul referatur? Manifesta hic committitur fallacia compositionis & divisionis, dum disjunguntur ea, quæ illic requiruntur conjunctim. Etiam sine causa recusari potest à referente; recusari autem simpliciter sine justa causa non potest. In *§. 1. ejusd. cap.* loquitur Gregorius de juramento purgationis & suppletorio seu necessario à Judice inspectis personarum & causæ circumstantiis deferendo, quorum neutrum huc pertinet. Sic

etiam

etiam jurisconsultus in *l. admonendi* 31. *ff. de jurejur.* expresse agit, de jurejurando, quod à judice in dubiis causis uni è litigatoribus defertur, id est suppletorio. In *l. eos qui* 26. §. *ult. C. de usur.* Justinianus de juramento purgationis deferendo ei, qui suspectus erat de exercitione fœnoris. Quod autem idem Imperator, sancit in *l. si quis* 11. *C. de reb. cred.* ne ille, qui primo jusjurandum detulit, id postea antequam præstitum esset, revocavit, dum existimat se posse probare, quod intendit, ne inquam ille possit mutato iterum consilio ad jusjurandum recurrere, id contrariæ sententiæ assertores minime juvat, quin confutat potius. Tralatitium enim est, cessante ratione legis & ipsam cessare legem. At Justinianus hanc illius suæ constitutionis rationem dat, quia absurdum sit redire ad hoc, cui renuntiandum putavisti & cum de alia probatione desperasti, tunc denuo ad religionem convolare. Ergo si quis ante jusjurandum non detulit, aperte cessat constitutio: neque enim revocasse intelligi potest, qui prius non detulit, nec denuo ad jusjurandum convolare, qui nunc primum defert. Ex *l. pen.* §. 2. *C. eod.* nihil aliud elici potest, quam quod ubi dubitatur utrum jusjurandum rectè delatum sit, nec ne, possit quidem de facto recusari; sed an jure recusatum sit, judex despicere debeat; veluti si delatum sit de re ignota, de facto alieno, cujus ignorantiam prætexat is, cui delatum est, &c. Quid ergo, an non manifeste huic sententiæ adversatur regula in *l.* 4. *C. de edend.* qui tam diserte actore non probante reum obtinere vult, etsi nihil ipse præstet? Nullo vero modo, quia neque ad actorem jusjurandum deferentem ea regula pertinet, quoniam de actore non probante loquitur: at delatio jurisjurandi ita actori jure tributa est, ut adversario nolente jurare, pro justa probatione ei cedat: neque ad reum confitentem, at qui jusjurandum subire recusat, habetur pro confitente, *l. manifestæ* 38. *ff. de jurejur.* Plane si reus non utatur simplici inficiatione negando intentionem actoris, sed exceptione se defendat, eamque probare paratus sit, necessitate juramenti delati vel referendi vel præstandi absolvendus erit. Idemque dicendum est, si dicat se solvisse: cum utroque hoc casu reo incumbat probatio, atque ordinario legitimæ probationis medio veritas erui possit. Et hic locum habet, quod ajunt posse paratum probare perjurii evitare suspicionem; at simplicis & puræ negationis nulla est per rerum naturam probatio, *l. actor.* 23. *C. de probat.* & major metus est perjurii, cum actor, ubi jam aliquid probavit jusjurandum defert, quam ubi nihil: minor, ubi nulla adversus reum præsumptio, quam ubi aliqua, Tulden. *ubi sup. n.* 5.

CAPUT XLIII.

An jusjurandum necessarium sive suppletorium Judex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri aut recusari possit?

JUsjurandum necessarium seu suppletorium appellamus, quod propter inopiam probationis in causis dubiis uni ex litigatoribus à judice defertur altero invito de quo loquuntur textus in *l. admonendi* 31. *ff. de jurejur. l.* 3. *l.* 12. *C. de reb. cred.* & putamus necessarii nomen inde accepisse, tum quod judex illud deferre cogitur, tum quod is cui delatum est, id subire necesse habet, tum quod nec remitti à judice, nec referri ab eo, cui delatum est, possit; & denique quia sine hoc jurejurando res expediri non potest ob probationum inopiam, unde & nomen suppletorii. Non omnes tamen hæ rationes ab omnibus admittuntur. Nam Donellus *cap.* 11. *de jurejur. num.* 8. quem secutus est Treulerus *disp. de jurejur. th.* 10. negant posse cogi judicem, ut hoc jusjurandum deferat, *arg. d. l. admonendi*, *ff. de jurejur.* in verb. *Solent enim sæpe judices*, &c. & quia ubi actor non plene probat, judex vel absolvere reum potest, juxta *l.* 4. *C. de edend. junct. l.* 9. *C. de testib.* vel saltem ipso reo jusjurandum referre, per *l.* 3. *C. de reb. cred.* & vulgatum illud non quicquid potestati judicis permittitur, illud continuo subjicitur necessitati juris, *l. non quicquid* 40. *ff. de judic.* Cæterum contrarium verius esse, nempe Judicem necesse habere hoc jusjurandum deferre evidenter arguunt verba *d. l.* 3. *C. de reb. cred. per judicem jurejurando causa cognita rem decidi oportet*; quibus sane verbis necessitati juris hoc subjicitur, non liberæ potestati permittitur Judicis. Et ratio manifesta est, quia aliter in re dubia causa decidere Judex non potest, nisi interveniente jurejurando. Unde dicitur hoc esse maximum remedium expediendarum litium, *l.* 1. *ff. de jurejur.* Pertinet ergo hoc ad officium judicis & officii ratio hoc ei imponit. Debet enim judex de qua re semel cognoscere cœpit, de eadem etiam pronuntiare, & controversiæ finem imponere, *l. de qua re* 74. *ff. de judic. l.* 1. *ff. de re judic.* Non obstat verbum *solent*, quo utitur jurisconsultus in *d. l. admonendi*, id enim necessitatis significationem illic habet: nempe quia id ex officio & necessitate facere judex solet: & quidem, ut opinor, ex officio, ut loquuntur, mercenario, quod actioni institutæ inservit. Sic dicimus, non solet deterior fieri conditio eorum, qui litem contestati sunt,

sunt, *l. non solet. 86. ff. de reg. juris*, non solent, quæ abundant, viriare scripturas, &c. *l. non solent 94. eod.* nempe quia nec debeur. Atque hæc etiam videtur communis & recepta opinio, ut videlicet nisi deferat judex eo casu, quo oportet aut solet, appellationi sit locus, Sichard. *ad rubr. C. de probat. num.* 7. Cyu. *in d. l.* 3. *C. de reb. cred. num.* 7. Salic. *ibidem, num.* 5. Bart. *in d. l. admonendi, num.* 59. Beuster. *num.* 119. Quod verò Donellus ait, ubi actor non plene intentionem suam probavit, posse judicem reum absolvere, vel ipsi reo jusjurandum deferre, id ei simpliciter concedendum non esse iis; quæ proximo capite disputantur: perspicuè apparebit. Remitti hoc jusjurandum à judice non posse, ita ut secundùm eum, qui remisit judicet, sed re ipsa jurari oportere, satis probat textus in *d. l.* 3. *C. de reb. cred.* ibi, *decidi jurejurando rem oportet*, & textus in *d. l. admonendi* 31. *ff. de jurejur.* ibi, *secundum eum qui juraverit*. Et ratio minimè obscura est, nempe quia judex non est dominus litis, sed adversarius, qui ob id solus delati gratiam facere potest eo effectu, ut pro præstito habeatur, ut bene DD. vulgo. At revocare delatum quin judex possit non dubito, si forte postea suspicio inciderit fore, ut pejeret is, cui delatum est; aut si post delationem competerit causam alterius meliore jure niti: cæterum revocatum non habebitur pro præstito. Satis quoque exploratum est, recusari delatum non posse, nisi recusans velit contra se sententiam ferri: excepto si forte deferatur de re ignota, veluti si deferatur hæredi de facto defuncti: nemo enim cogitur in facto alieno anceps perjuriam subire, *l.* 4. *pr. ff. de in lit. jur. l.* 34. §. 3. *ff. de jurejur. l.* 11. §. 2. *ff. de act. rer. amot.* Atque hanc causam puto significari in *c. ult. ext. de jurejur.* vel si à profano judice deferatur illicitum, iisve verbis conceptum, in quæ vir bonus salva pietate & bona conscientia jurare non potest, per *l.* 5. §. 3. *ff. de jurejur.* Sed & actori, qui intentionem suam instrumentis aut testibus plene probavit, delatum, aut delatum reo, ubi ab actore nihil probatum rectè recusabitur; aut si posteriore casu deferatur actori poterit reus appellare. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 4. *tit.* 24. *c.* 1. *n.* 8. *& seqq.* An referri possit, quæsitum est. Dubitat Accursius in *l.* 12. §. 1. *C. de reb. cred.* Negat Donellus *ad l.* 9. *C. de reb. cred. n.* 18. *& seqq.* item Borcholt. *c.* 7. *de jurejur. num.* 9. Mynsing. *ad rub. ext. de probat.* Affirmabat Ant. Faber. *dec.* 19. *err.* 7. quem sequitur vir clarissimus Collega quondam meus D. Petrus Cunæus in *paratit. manuscript.* Fatentur quidem illi propriè ei, qui detulit, referri jusjurandum dici, nec judici, qui detulit, referri posse. Sed tamen existimant posse eum, cui judex detulit, illud rejicere in adversarium suum, *arg. d. l.* 12. §. 1. *C. de reb. cred.* cum ibi Justinianus expresse dicat aut præstandum esse juramentum; aut referendum, sive pars parti in judicio, sive judex parti detulerit, cui sententiæ hoc consequens est, si judex ob semiplenam probationem hoc jusjurandum deferat, licere hoc casu parti, cui delatum est, in alteram partem id rejicere. Sed resistit ipsa verbi *referre* significatio. Refertur enim unde illatum est. Quod si delatum non ex necessitate suscipiendum sit, sed referri possit, cur magis hoc jusjurandum necessarium nuncupemus, quam judiciale, causam nullam video. Fatemur verba Just. in *d. l.* 12. §. 1. valde obscuram habere sententiam, & agnoscimus hiulcum illud & molestum dicendi genus Triboniano familiare: sed tamen, ut concedamus verba illa *vel ex auctoritate judicii cuicumque parti illatum*, &c. de necessario accipi debere, tamen quod eodem loco mox subjicitur de relatione, id ad jusjurandum judiciale dumtaxat pertinere omnino existimamus: sic ut singula singulis respondeant hoc modo, cui à judice defertur, is præcise jurare debet, cui à parte jurare vel referre. Argumento est; quod necessitas præstandi relatum non indistinctè utroque casu utrique imponitur, sed uno casu tantum, & ei cui jure refertur, qui scilicet ipse ante detulit: atque in hunc solum quadrat ratio, qua §. 1. *d. l.* 12. clauditur, *Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his quæ ipse facienda procuravit.*

CAPUT XLIV.

Quando & quibus in causis à judice deferri possit aut debeat jusjurandum necessarium seu suppletorium?

Potestas Judicis in deferendo juramento suppletorio tribus conditionibus circumscribitur, ut deferat in probationum inopia, in causis dubiis, & causa cognita, *l.* 3. *C. de reb. cred. & jurejur. l. admonendi* 13. *ff. de jurejur.* Primum igitur necesse est, ut causa laboret inopia probationum: nam probationibus suppetentibus, aut supervacuum est hoc jusjurandum, si deferatur actori: quia & sine jurejurando satis probatum, ut secundum eum debeat judicari; aut iniquum, si deferatur reo, quippe quem convictum condemnari oportet juxta formam juris, *l. negantes* 9. *C. de obl. & act.* Deinde ut deferatur non in quavis inopia, sed in causis dubiis dumtaxat. Dubias autem causas

ſas definio non eas, in quibus pares utrinque probationes ſunt; (tunc enim rem abſolvi oportet, *c. ex litteris* §. *ult. ext. de prolat. c. inter dilectos 6. ext. de fid. instrument. arg. l. inter pares 37. ff. de re jud. l. Arianus 47. ff. de obl. & act. cum ſimil.*) ſed eas, in quibus judex dubius eſt ob minus plenas probationes allatas, puta ſi actor unum inculpatum teſtem omnique exceptione majorem proferat, poterit ei juramentum ſuppletorium deferri: ac tales caſus plures concurrere poſſunt: ita DD. *com. in d. l. admonendi. & d. l.* 3. Weſ. *par. de jurejur. n.* 10. & hæc ſetentia in omnibus curiis recepta, eamque hodie ſequimur, Coſtal. *in d. l. admonendi*, Merul. *lib.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 4. *tit.* 23. *c.* 1. Ab hac tamen ſententia quaſi juri Juſtinianeo minus conſentanea, recedunt Duar. *lib.* 2. *diſput.* 33. Donell. *de jurejur. c.* 11. *num.* 4. Ant. Fab. 19. *conj.* 1. Bronch. 2 *aſſert.* 93. contendentes dubias cauſas intelligi eas, in quibus par eſt utrinque & plena probatio, atque iſto demum caſu locum habere, quod de jurejurando ſuppletorio ſive neceſſario deferendo præciditur. Sed hæc potius illorum opinio juri noſtro minus conſentanea, imo plane non convenire videtur. Neque enim poteſt dici cauſa laborare inopia probationum: cum ab utraque parte plene probatum eſt: ſed tunc actoris probationibus per contrarias rei eliſis perinde habendum erit, ac ſi nihil probatum eſſet, & reus, ut dixi, abſolvi debebit, *cap. cum ſunt, text. de reg. jur. in 6. per l. ubi pugnantia* 188. *ff. eod.* Et vero ſi, ut illi volunt, ubi actor uno teſte probavit, & reus nihil, nihilominus reus abſolvendus ſit, multo magis abſolvendus erit, ubi ille totidem teſtes pro ſe produxit, quot actor, Matth. Weſemb. *conſ.* 13. *n.* 3. Nec quod illi regerunt, magni momenti eſt, nempe alias effici, ut hoc jusjurandum deferri queat, etiam ubi nihil probatum eſt. Nam primum tunc non poteſt dici cauſa dubia. Deinde aliud eſt defectus probationum, ubi nullæ ſuppetunt, aliud inopia, ubi quædam ſuppetunt, ſed ancipites aut minus idoneæ. Cujac. *lib.* 22. *obſe.* 28. *in fin.* Inopia quippe opponitur copiæ & opibus, & minor eſt egeſtate. Sic inopiam frugum, vini, amicorum, inops ærarium, inopem linguam, &c. dicimus, non cum plane nihil, ſed cũ non quant. ſatis eſt, ſuppetit.

Sed expendamus ſingula quæ huic ſententiæ objiciuntur. Sic igitur illi porro argumentantur in contrarium. Aut probat actor, aut non probat, illo caſu vincit ſine jurejurando, *l.* 9. *C. de oblig. & act.* hoc caſu reus abſolvi debet, *l.* 4 *C. de edend.* Reſpondeo, eſt medium quiddam, cum ſcilicet actor neque omnino probat, neque nihil, ſed aliquid, & ut loquuntur, ſemiplene. Non enim ideo, qui parum probavit, dici debet nihil egiſſe, propterea quod judex ei penitus aſſentiri non debet, *arg. l.* 3. §. 1. & 2. *ff. de teſtib.* Ajunt par eſſe non probare & non perfecte probare, per *l.* 6. *ff. qui ſatisd. cog.* & cum lex exigit probationem, exigere juſtam & legitimam *l. ult. C. de probat.* Reſpondeo, ratio hæc obſtare:, ſi ſemiplenam probationem ſufficere diceremus, At nunc contra, quia ea per ſe non ſufficit, ſed opinionem dumtaxat inducit, ideo dicimus ad ſuppletorium hoc juramentum judicem recurrere poſſe & debere. Nimirum paria quidem iſta ſunt in eo, quod nec imperfectæ probationis ea vis eſt, ut fidem & aſſenſum mereatur, quia per ſe ineſficax: ſed quando alia adminicula accedunt, ut fieri poteſt, *l.* 5. *l.* 6. *C. de probat.* jam pro perfecta cedit & plenam fidem facit. Inſtant tamen & ajunt, duo vel plura imperfecta non facere unum perfectum, *arg. l. ſpadonem,* 15. §. *quia jura,* 11. *ff. de excuſ. tut.* unde colligunt nec jusjurandum junctum cum ſemiplena probatione poſſe efficere probationem plenam. Sed non eſt novum, ut duo aut plura, quæ per ſe ſingula infirma ſunt aut ineſficacia, juncta ſimul & coacervata, vires & efficaciam conſequantur, verbi cauſa, unius teſtis, quamvis omni exceptione majoris, teſtimonium plenam fidem non facit: ſed ſi ea, quæ dicit conſentiente fama, aliiſve veritatis judiciis confirmentur, jam illius teſtimonium pro plena probatione habendum eſt, *l.* 5. & 6. *c. de probat.* Similiter etſi ſingula pacta per ſe actionem non producunt, ſi tamen id quod pacto quis promiſit ſe ſoluturum pacto item deinde conſtituat, aut alius pro eo, hic actio pecuniæ conſtitutæ jure prætorio in conſtituentem datur, *l.* 1. & *tot. tit. ff. de pecun. conſtit.* Sic etſi neque ſponſalia, neque concubitus per ſe matrimonium efficiunt, ſi tamen ad ſponſalia accedat concubitus, tranſeunt in matrimonium, *c. veniens* 15. *C. is qui fidem* 30. *ext. de ſponſal.* Et ut favore pupillorum receptum ſit, ne duæ aut plures imperfectæ excuſationes una aliquam perfectam efficiant: in noſtro tamen caſu alius favor eſt, qui ſuadet, ut imperfectæ probationes duæ vel plures unam perfectam probationem repræſentent, ne ſcilicet probationes redigantur in anguſtum, contra *l. quoniam in fin. C. de hæred. l. pen. pr. C. de reb. cred. & jurejur.* Sichart. *in l.* 3. *C. d. t. n.* 12. Plane ubi non ad probationem tantum, verum etiam ad actus ſolemnitatem & ſubſiſtentiam certus numerus teſtium deſideratur, quorum uno deficiente actus ſit nullus, ut in teſtamentis; hic ſi pauciores

sint adhibiti, juramento suppletorio non est locus, *l. si unus 12. C. de testamen. Salic. in d. l. 3. num. 16.* Sed fortasse nihil adhuc profecisse videbimur iis, qui clamant vocem unius vocem esse nullius, & expresse legibus vetitum esse unius testis, quantacumque dignitate præditus sit responsionem audiri, *l. jurisjurandi 9. parag. 1. C. de testibus.* Respondemus ne nos quidem hoc dicere, unius testis vocem esse audiendam, id est, credendum esse unius testimonio: credere est plene assentiri. Potest tamen unius viri honesti & gravis testimonium movere animum judicis, & creare etiam non levem suspicionem. Opponuntur in *l. 3. parag. 2. ff. de testib.* quid aut credat judex, aut parum probatum sibi opinetur. Non ideo tamen, qui parum probavit, nihil egit: licet ob id judex ei credere non debeat seu penitus assentiri. Sensim ad firmam assensionem pervenitur & quasi per gradus. Plerumque levi primum suspicione judex movetur, mox etiam vehementiore, qui opinionem inducit, tandem succedit, & plena persuasio ac firmus assensus, accedentibus aliis atque aliis veritatis indiciis. Ac plane ut fides & assensus modo plenus & integer, ac firma persuasio; modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adjunctam habente: ita & probatio argumentum faciens judici fidem. Collectio ex Callistrato in *d. l. 3. parag. 1. & 2. ff. testib.* Cum autem satis constet ex *l. 5. & l. 6. C. de probat.* plures probationes imperfectas, licet diversi generis, jungi & ita junctas firmum assensum mereri posse, necesse est, ut per se quoque singulæ consistant & aliquid operentur. Finge ab actore produci testem unum, hominem spectatæ fidei, eaque, quæ dicit, aliis quibusdam veritatis argumentis confirmari: quamvis singula hæc per se plenam fidem non faciant, aliquam tamen faciunt, & juncta, quod singulis pondere deest, numero supplent. Finge proferri chirographum, quod is adversus quem profertur, à se scriptum neget, eumque esse hominem vilem & contemptum, cum is, qui profert, sit vir gravis & integræ existimationis, accedere testem unum omni exceptione majorem, qui pecuniam, quæ ex chirographo petitur, numerari videtur, non poterit non judex moveri, quin opinetur actorem bonam causam habere: sed quia hæc probatio sola & per se plenam fidem non facit, quæ scilicet ad definiendam controversiam & sententiam secundum eum, qui nihil amplius præstitit, ferendam sufficiat, hic dicimus, rem ita transigi oportere, ut judex in supplementum ejus, quod ad justam probationem deest, actori jusjurandum deferat, eoque ab actore præstito secundum eum judicet *d. l. admonendi & d. l. 3. C. de reb. cred.* Qui hæc negant & superiorem distinctionem non admittunt illi in arguendo laborant petitione principii, postulantes sibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ id quod est in quæstione, quæ manifesta captio est. Quæstio hæc est, an omnino jus præscribat & præcipiat, ne ullum argumentum, aut ulla ratio in judiciis admittatur, nisi ex qua una sola perfecta rei gestæ fides adstruatur? Si hoc verum est, non aliæ rationes in judiciis admitti atque à judice audiri debent, quam quæ seorsum per se singulæ sunt quasi apodicticæ, non alia instrumenta, quam ibi per se quodvis sufficienter probat; eamque fidem judici facit, quæ moveri eum possit ad sententiam secundum eum, qui istud profert ferendam, at consequens hoc falsum esse supra satis demonstratum est ex *l. 5. & l. 6. C. de probat.*

Tertia conditio, qua potestas judicis in deferendo jurejurando suppletorio limitatur est, ut id deferat causa cognita, *l. 3. C. de reb. cred.* Hoc autem nihil aliud est, quam ut judex ei deferat, cui deferri ob justas causas æquius esse videbitur; non enim statim v. c. actori qui ad probationem aliquid attulit, deferri debet, sed inspiciendæ prius personarum & causæ circumstantiæ, *c. ult. ext. de jurejur.* Itaque nihil meo judicio, præcise hic definiendum: sed multa examinanda sunt, priusquam ad delationem hujus jurisjurandi perveniatur, in primis fides cujusque & conditio personæ, qualitas & pondus rei de qua agitur, testium item, qui producuntur, prudentia, denique & probationis modus: ac demum his rebus bene exploratis judex ex animi sui sententia æstimabit, an jusjurandum & utri deferri debeat. Perniciose igitur errant judices, qui hoc jusjurandum passim & sine delectu deferunt, de quo queritur Joan. Oldendorp. in *tractat. de probat.* Quædam etiam causæ sunt, in quibus hoc jusjurandum locum non habere tradunt DD. cujusmodi sunt causæ criminales, utpote in quibus probationes non tantum plenæ esse debent, sed etiam luce meridiana clariores, *l. ult. in fin. C. de probat.* nec admittendæ propter inopiam aliarum probationes præsumptivæ, qualis est probatio per juramentum, *l. 5. pr. ff. de pœn. l. antepen. ff. de q.* Sichard. *in l. 3. C. de reb. cred. n. 5.* Gail. *2. observ. 94. n. 3.* Mynsing. *2. observ. 17.* Fachin. *1. cont. 25.* Costal. *ad l. 3. ff. de jurejur.* Diod. Tulden. *in C. de reb cred. num. 9.* quanquam hic reus interdum admittitur ad jusjurandum purgationis. *Novell. 124. c. 2.* unde *auth. novo jure, C. de pœn. jud. qui mal. jud. c. 5. & ult. de purg. can. c. 1. ext. d. confess.* Item causæ matrimoniales, Gail. *d. loc.* Covar. *de ma-*

matrim. p. 1. *c.* 4. §. 1. *n.* 8. Item causæ civiles arduæ & magnæ quantitatis, Sichard. *d. loc. n.* 8. Gail. 1. *observ.* 108. *n.* 11. Mynsing. 1. *observ.* 68. in quibus tamen, si plus quam semiplene probatum est, huic jurijurando locum esse volunt, puta si cum semiplena probatione concurrat, aliqua suspicio aut conjectura, Gail. *d. loc. decis.* 57. *Cur. Holland.*

CAPUT XLV.

An Judex possit ab initio modum statuere jurijurando in litem, & an ex causa possit id non sequi vel à principio non deferre?

Est genus aliquod jurisjurandi, quod ob dolum, contumaciam, aut culpam rei soli defertur actori & à nostris jusjurandum in litem appellatur. Hujus autem duæ sunt species, quarum alteram jusjurandum affectionis, alteram veritatis interpretes appellant. Affectionis jusjurandum est, quo actor jurat, quanti rem æstimet ex affectione, quod sæpe verum rei pretium excedit, *l.* 1. *l.* 8. *ff. de in lit. jur.* veritatis, quo jurat actor, quanti rem æstimet ex vero, seu quanti vere ipsius intersit, omni affectione semota, *l.* 2. §. 1. *ff. eod.* Prius in specie vocatur in litem quanquam & posterius sic appellatur, *l.* 5. §. *ult. cum l. seq. ff. eod.* Utrumque defertur à solo judice *l.* 4. §. 1. *ff. eod.* Posterius etiam in strictis judiciis defertur, re post moram aut culpa debitoris perempta, *d. l.* 5. §. *ult. & l. seqq.* Prius tantum in judiciis arbitrariis & bonæ fidei, ob dolum, aut contumaciam non restituentis aut exhibentis *d. l.* 5. *pr. &* §. 3. *l.* 8. *eod. l.* 3. §. 2. *ff. commod. l. qui restituere* 98. *ff. de rei vind. cum similib.* Ad hoc posterius, videlicet jusjurandum affectionis pertinet, quod legimus, licere actori in infinitum jurare; atque id etiam judicem sequi debere, *l.* 4. §. 2. *ff. de in lit. jur. d. l. qui restituere*, §. 1. *de rei vind.* nec potest dici pejerasse, qui ex affectu jurejurando rem æstimat, quia de arbitrio suo & affectu juravit, non de vero pretio. In infinitum autem idem valet, quod in immensum, ut id postea in *d. l.* 4. §. 2. explicat Ulpianus, id est, etiam in eam summam, quæ longe rei pretium ac pene modum in eo excedat; dum tamen certa summa dicatur, ad quam lis æstimetur, hæc enim istorum locorum sententia est, nempe quia legibus, quibus de hoc jurejurando cautum est, certa quantitas ad quam usque juretur, non est definita; ideo necesse non esse, ut jurans hic servet certum aliquem in jurando modum, sed posse eum ex affectione pro arbitrio suo rem æstimare, & in eo affectioni suæ etiam immodice indulgere. Eodem sensu Justinianus in §. *& unum.* 4. *Inst. de hæred. instit.* dicit posse testatorem in infinitum quotquot velit hæredes instituere. In infinitum, id est, εἰς ἀπείρωτον, ut infinitum istic accipiatur pro indefinito incertoque hæredum numero. Porro tria de hoc jurejurando inter alia in dubium vocantur. 1. an Judex possit ab initio modum huic jurijurando statuere, ad quem usque juretur. 2. an possit aliquando Judex id non sequi. 3. an possit in totum non deferre. Negat hæc omnia Ant. Faber. 16. *conject.* 17. *& dec.* 18. *err.* 10. contendens nec ab initio taxationem, nec postea deminutionem aut absolutionem judici apud veteres permissam fuisse: imo nec ab initio non deferendi licentiam. Nos autem constanter dicimus posse atque olim etiam potuisse judicem taxationem huic jurijurando adjicere; posse & potuisse jusjurandum non sequi, sed vel minoris reum condemnare, vel etiam prorsus absolvere; denique posse & potuisse id à principio non deferre. Ad hoc autem probandum non est necesse uti argumentis longe petitis: loci in medio positi sunt veterum jurisconsultorum Ulpiani, Marciani & Pauli, quibus idem illi, quod nos & tantum non iisdem verbis pronuntiant. Et quod ad primum attinet Ulpianus in *l.* 4. §. 2. *ff. de in lit. jur.* quærit, an judex modum jurijurando statuere possit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione juretur in immensum: & respondet etiam hoc arbitrio bonæ fidei judicis congruere. Marcianus in *l.* 5. §. 1. *ff. eod.* potest, inquit, judex præfinire certam summam, usque ad quam juretur. In *l.* 3. §. 1. *ff. ad exhib.* Ulpianus ait in actione ad exhibendum notandum esse, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari ei possit, judice quantitatem taxante, Paulus in *l. arbitrio* 18. *pr. ff. de dol. mal.* ait posse per contumaciam suam tanti reum condemnari, quanti actor in litem juraverit, sed officio judicis debere in utraque actione (de dolo scilicet, & quod metus causa) taxatione jusjurandum refrænari. Ex iisdem locis simul intelligimus, jurare quidem in infinitum, seu in eam summam, quæ pretium rei longe excedat licere, atque id quoque judicem sequi, sed tunc cum taxatio jurijurando adjecta non est: cæterum si judex certam summam præfiniverit, ad quam usque juretur, tum ultra jurare non licere. Non obstat, *l. qui restituere* 68. *verf. si vero non potest, ff. de rei vind.* quoniam verba illa jurisconsulti, *sine ulla taxatione*, minime referenda sunt ad vocem *damnandus*, sed construenda & conjungenda cum verbo *juraverit*, ut in ipso textu: ut sit sensus, cum juravit nulla taxatione à judi-

dice præfinita, id judex sequi debet. Sed & si judex modum jurijurando non statuerit, aut intra modum statutum juratum sit, potest tamen jusjurandum non sequi, & vel minoris reum condemnare, vel prorsus absolvere: utique ex magna causa & postea repertis probationibus: verba sunt Ulpiani in *d. l.* 4. §. 3. & est arg. in *l. admonendi* 31. *ff. de jurejur.* Magna causa est, veluti si doceatur reum non desiisse, dolo possidere? aut Petitorem non esse dominum fundi, aut pro parte non esse, aut partem dumtaxat à reo per contumaciam non esse restitutam, atque hic locum habet, quod Jurisconsultus ait, posse judicem vel minoris reum condemnare; vel prorsus absolvere. Nec quicquam mutat, *auth. post jusjurand. C. de judic.* ubi non agitur de jurejurando affectionis, sed veritatis, quo impensæ litis à victore æstimantur. *Gloss. ibidem.* Quod si ex novis instrumentis hoc jusjurandum retractari potest, poterit etiam ab eo appellari. Est enim hoc jusjurandum in hujusmodi casibus simile necessario seu suppletorio, quia utrumque judex, non pars parti defert, & defert altera parte invita. Fac. *l. ult.* §. 1. *ff. de appellat.* Duar. *ad l.* 5. *ff. de in lit. jur.* quanquam in aliis propriis accedit ad voluntarium, quoniam actoris causa comparatum est, qui idcirco id impune recusare potest, si de vera æstimatione probare velit, ut recte Bartolus ad *l. ult. ff. de in lit. jur.* Borcholt. *tr. de in lit. jur. C.* 3. *n.* 27. & est in eam textus expressus in *l. quod si possessor.* 71. *ff. de rei vind.* Quod vero in *l.* 4. *præsc. ff. de in lit. jur.* nominatim de tutoribus & curatoribus refertur, eos ut jurent, cogi non posse, id propter specialis dubii in his personis rationem notandum fuit, quia si recusent jurare, tutelæ vel curæ judicio de damno inde accepto pulsari possunt. Conditio autem in *d. l.* 4. *in fin. pr. si velit.* propria est hujus jus jurisjurandi, non adolescentis. Borch. *d. tract. de in lit. jur. c.* 3. *n.* 27. *& seqq.* Donell. 26. *comm. c.* 12. Quid igitur est, quod Paulus in *l. ult. ff. eod.* scribit, ex necessitate juris in litem jurari? Respondeo primum, Paulum non loqui de jurejurando in litem affectionis, sed veritatis. Deinde, Paulum non intelligere necessitatem aliquam juris publici, sed privati, quia cum æstimatio rei, quæ non extat, difficillime probari possit, necesse fit actori jurare, nisi eam sibi perire velit. Et denique, sic Paulum loqui respectu judicis, quia judex sine delatione jurisjurandi non potest æstimare rem, quæ non extat, *l.* 5. §. *ult. ff. eod.* Illud autem ineptum est, quod quidam ajunt, in *d. l. ult.* agi de necessitate patiendi delationem jurisjurandi imposita contumaci, non de necessitate imposita ei, cui defertur; nam neque, ut jam diximus, de jurejurando affectionis, quod ob solam contumaciam defertur, illic agitur; neque verbis Jurisconsulti, qui ex necessitate juris in litem juravit, talem sensum affingent, qui Latine sciunt, ille jurat necessitate juris, id est, alter eum jurantem pati debet. Quemadmodum autem judex modum jurijurando statuere potest, ita & potest ab initio in totum non deferre: imo propterea quod judici licet in totum à principio non deferre, ideo & modum jurijurando statuere potest; ne ultra certam quantitatem juretur: ratio & collectio Ulpiani in *d. l.* 4. §. 2. item Marciani in *d. l.* 5. §. 1. *ff. eod.* & ibi vulg. DD. Potest ergo judex & taxare quantitatem, in quam juretur, & ideo potest, quia potest in totum jusjurandum non deferre. Movere non debet, quod Ulpianus in *d. l.* 4. §. 1. scribit, judicem oportere hoc jusjurandum deferre; quippe quo hoc tantum significatur, si quo casu deferendum sit, à judice deferendum esse, non à parte, ad differentiam voluntarii & judicialis. Enimvero non hoc dicimus etiamsi de dolo & contumacia adversarii aperte & liquido constet, esse in potestate Judicis non deferre, sed ubi de eo ambigitur nec satis liquet. Nam quæ Judicis arbitrio permissa, non in meram ejus voluntatem collata intelliguntur, sed commissa viro bono cum necessitate arbitrandi & statuendi, quod sibi æquius & melius videbitur, *arg. l. si sic legatum* 75. *ff. de legat.* 1. Duar. *ad tit. de in lit. jur. n.* 29. Coras. *ad l.* 5. *eod. n.* 21. Mirabitur jam forte aliquis, quid Ant. Fabrum moverit, ut contra tot expressos & claros textus superiora omnia negaverit, neque injuria. Nihil enim ille ad confirmationem opinionis suæ profert præter locus in *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindic. l.* 4. *in præsc. &* §. 1. *l. ult. ff. de in lit. jur.* in quibus tamen nullum ei præsidium esse satis abundeque probavimus: & tamen tam infirmo aut potius nullo auxilio fretus audet alios locos omnes delere aut Triboniano adscribere, quasi in iis ipse sermo Triboniani eluceat. Ait igitur *d. l.* 4. §. 2. à verbis: *Sed an Judex*, *&c.* & §. *seq.* item *l.* 3. §. 1. *&* 2. *ff. de in lit. jur. l. arbitrio* 18. *pr. vers. sed officio ff. de dol. mal.* esse ex emblematis & additamentis Triboniani, taxationemque istam ignotam veteribus primum à Zenone introductam, *l.* 9. *C. unde vi.* Sed profecto tot illustres, quos modo citavimus, locos ex π in quibus est tersus & emendatissimus ac genuinus veterum sermo, minime redolens Tribonianum, Triboniano adscribere nimis temerarium est. Aliter olent catuli, aliter sues. Subactæ in latinitate & legibus Romanis aures

aures facile verba veterum Jurisconsultorum discernunt à circumducta & molesta oratione Justiniani aut Triboniani. *Legitimumque modum digitis callemus & aure.*

CAPUT XLVI.

An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præscriptis verbis, & condictio ob causam dati.

Contractuum innominatorum quatuor genera facit Paulus in *l. 5. pr. ff. de præs. verb.* do, ut des, do, ut facias; facio, ut des, facio, ut facias. Ex duobus prioribus duplicem competere actionem constat, præscriptis verbis, & condictionibus ob causam dati, quarum alterutra experiri liceat, prout ei, qui dedit, visum fuerit, *d. l. 5. §. 1. & §. 2. ff. eod. l. 7. §. 2. ff. de pact.* Præscriptis verbis agam, si velim, ut ille, cui dedi, etiam ex sua parte contractum impleat, id est, ut & ipse det vel faciat, quod convenit. Atque hoc casu si non dederit aut fecerit, damnabitur mihi, quam interest mea illud, de quo convenit, datum aut factum esse, etiamsi de re certa danda convenerit, *d. l. 5. §. 1. 2. & 5. l. 4. & 2. seq. C. de rer. permut.* Quod si is, cui dedi, cesset dare, aut facere, & velim meum recipere, hic altera actione experiri mihi licebit, nempe condictione ob causam dati, qua repetam quod datum est, quasi ob rem datam re non secuta, *d. l. 5. §. 1. & 2. l. 7. ff. de præscr. verb.* Hæc autem actio non est ex contractu innominato, qui verus est contractus, sed quasi ex contractu seu tacita quadam conventione, & extra id quod expresse actum est nascitur, *l. 13. in fin. ff. commod.* Duo enim in utroque hoc articulo, do ut des, do ut facias, aguntur, alterum expresse, ut vicissim des vel facias, quæ conventio efficit contractum innominatum, unde est actio præscriptis verbis in id, quod interest: alterum tacitè, ut si non fiat vel detur, de quo convenit, liceat datum repetere. Atque ex hac quasi tacita conventione & quasi contractu oritur condictio hæc ob causam dati. Ex duobus autem reliquis articulis, nempe facio ut facias, & facio ut des, utraque superior actio non competit: sed ut una tantum hic, eaque expressa est conventio, unusque contractus innominatus & verus, ita & una dumtaxat ex utroque actio. Tacita conventio hic nulla aut quasi contractus, ex quo ad repetendum condictio ob causam dati, quia nihil datum, sed factum est: facta autem repeti non possunt, nec infecta per rerum naturam fieri. Quænam igitur actio duobus istis casibus dabitur? Et quidem ex contractu facio ut facias datur actio præscriptis verbis, *l. 1. §. 4. & 5. l. 9. l. 12. ff. de præsc. verb.* condictioni autem ob causam dati hic locus esse non potest, propterea quod, ut dixi, facta repeti nequeunt. Ex contractu autem facio ut des, non alia, quam de dolo dari videtur, *d. l. 5. §. 3. l. 15. §. fin. ff. eod. l. 4. C. de dol.* in cujus specie est contractus facio ut des, quia datio ad factum ordinata pro facto habenda. Neque hic condictio ob causam dati competit, propter eandem rationem, quia facta repeti aut infecta fieri non possunt. Cur autem ex contractu facio ut des non æquè detur actio præscriptis verbis, ac ex reliquis tribus articulis do ut des, do ut facias, facio ut facias, subtilissimæ disquisitionis est: nec videtur esse perpetuum, *d. l. 15. l. si tibi 22. ff. de præsc. verb. l. 6. C. de transact.* Et sane his locis etiam ex contractu facio ut des actio præscriptis verbis datur, contra quam diserte Paulus in *d. l. 5. §. 3. ff. de præsc. verb.* Non enim possis cum Donell. *tract. de præsc. verb. c. 10. & seqq.* Pauli responsum accipere de eo casu, quo is, qui fecit, à contractu recedere cupit, quo casu cum condictioni locus esse non possit, cum facta repeti nequeant, in ejus locum succedat actio de dolo: quia in tota illa lege ex professo agitur de actione præscriptis verbis, non de condictione nisi obiter, quippe quæ nec ex conventione expressa aut contractu innominato, nascitur, ad quod tamen genus contractuum tota illa disputatio pertinet. Et Paulum intelligere actionem præscriptis verbis apparet ex §. 2. *in fin. d. l. 5.* ubi cum actionem in factum civilem, id est, præscriptis verbis ex articulo do ut facias concessisset, mox §. *seq.* 3. subjicit, ex articulo facio ut des nullam esse civilem actionem, & ideo de dolo dari. Quid quod non nisi inepte talis casus proponatur, quo quis vult à contractu recedere, ubi nullo modo recedi potest, nec pœnitentiæ datur locus? Verus interpres Azo eumque secutus Accursius in *d. l. 5. §. 3.* & nonnulli tum veterum, tum recentiorum ita distinguendum esse arbitrantur. Cum aliquod contrahitur synalagma, quod evenit, quoties ab uno aliquid in alium transit, ajunt, ex contractu innominato nasci civilem actionem præscriptis verbis, ut in *l. 7. §. 2. ff. de pact. l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscript. verb.* idemque esse, quoties ex facto unius aliquid ad alium, qui dare debet pervenit, ut quemadmodum illi ob id factum aliquid abest, ita & huic aliquid adsit, ut in *l. si tibi polienda 22. ff. d. tit. l. 6. C. de transact.* Nunquam enim jure civili alicui actionem dari

ri ejus rei nomine, quæ ipsi abest, contra eum, cui plane nihil ex eo abest. Itaque cum in contractu do ut des, item do ut facias, contrahatur συνάλλαγμα, seu negotium civile, etiam civilem actionem præscriptis verbis ex utroque nascitur. At in contractu facio ut des geri quidem etiam negotium, ut conventio hic non sit nuda, sed non semper tale factum intervenire, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod fundamentum sit, συναλλάγματος & actionis civilis v. c. Stichum servum meum manumisi, ut mihi Pamphilum dares. Indicavi tibi servum tuum fugitivum, ut, mihi pro indicio decem dares. Ex priore facto etsi mihi aliquid abest, tibi tamen nihil adest, nullum commodum pecuniarium inde ad te pervenit. Ex altero nihil mihi abest, quamvis tu commodum aliquod occasione judicii consequaris. Itaque his casibus cessante actione civili præscriptis verbis, siquidem dolus arguatur, actionem de dolo dari, sin minus in factum, *d. l. 5. §. 3. l. 15. in fin. ff. de præsc. verb.* Cum autem utrinque de faciendo actum est, parem esse utriusque rationem, & quia alias etiam loco facti succedit obligatio in id, quod interest, actionem præscriptis verbis, quæ natura sua incerta est, sine distinctione dari. Antonius autem Faber in *rational. ad d. l. 5. §. 3. & seqq.* putat in hoc articulo admissam esse actionem præscriptis verbis dubitationis tollendæ gratia, cum hic videri possit competere actio mandati propter similitudinem negotii, quæ dubitatio, in contractu facio ut des, nulla. Cæterum ut ingenue fatear, quod sentio, non possum superiori distinctioni penitus acquiescere. Nam & in specie *d. l. 15. ff. de præscipt. verbor.* quamvis indicanti servum fugitivum nihil absit, tamen propter intercedentem pactionem ob indicium, ait Ulpianus, geri negotium aliquod, ex quo civilis actio oriatur, id est, præscriptis verbis: & licet mox subjungat, nisi si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur, tamen his verbis non revocat, quod prius dixerat, de actione præscriptis verbis danda, sed hoc significat: secundum quosdam, etiam in hac specie actionem de dolo dari, ubi dolus arguitur, relicta actione præscriptis verbis ubi dolus nullus intervenit. Et hoc congruit sententiæ Pauli in *d.l.5. §.2. in fin. ff. eod.* ubi in tali specie, si tibi dedi servum, ut servum tuum manumitteres, eoque à te manumisso, quem dedi, evictus est. Paulus scribit, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem ex sententia Juliani; si ignorans, in factum civilem: quanquam locus iste Pauli suspectus merito videtur, propterea quod alibi legimus, Julianum utroque superiore casu dedisse actionem extremas quasi primis deficientibus, in scientem quidem de dolo, in ignorantem autem in factum prætoriam, non civilem; atque eo nomine reprehendi à Mauriciano & Ulpiano in *l. 7. §. 2. ff. de pact.* qui putat utroque casu in factum civilem præscriptis verbis dandam. Et profecto recte: nam si in ignorantem datur actio in factum civilis, hæc eadem danda est etiam in scientem non de dolo: & ex contrario si in scientem datur de dolo, necessario in ignorantem dandum est in factum prætoria, qui certus est & perpetuus horum judiciorum ordo. Porro nec illud video, quid intersit ad actionem præscriptis verbis dandam, utrum ego tibi dederim Stichum, ut Pamphilum manumitteres, cumque tu eum manumisisses, Stichus evictus sit, an ego Stichum manumisserim, ut tu Pamphilum mihi dares, & tu cesses dare. Neque enim aut illo casu ex tua manumissione quicquam commodi pecuniarii in me transit, aut hoc ex mea manumissione ad te. Sed hæc potius in medio relinquenda: sunt enim ἐκ τῶν ἀπόρων nec sine causa existimat Cujacius ad *l. 7. §. 2. ff. de pact.* verbum illud *civilem* apud Paulum in *d. l. 5. §. 2. in fin. ff. de præsc. verb.* esse additamentum Triboniani & argumentum imperitiæ Compositorum.

CAPUT XLVII.

An etiam ejus, quod errore juris indebitum solutum est repetitio detur?

Quæsitum est, quomodo accipiendum sit, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Duplex enim error est, unus facti, alter juris. Facti error est, cùm aut quod factum est, factum esse nescitur, aut quod factum non est, factum putatur. Contra qui factum quid esse scit, aut non esse factum, & tamen ignorat, quid hic sibi jure tribuatur, is in jure errat, *l. 1. ff. de jur. & fact. ign.* ubi hæc res exemplis declaratur. Si quis sciens se non debere solvat, cessare repetitionem juris est explorati, *l. 1. §. 1. l. si non sortem 22. §. indebitum 3. ff. de cond. indeb.* quippe cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, *l. cujus 53. ff. de reg. jur.* Et ex contrario certi quoque juris est repetitioni locum esse, si quis cum putaret se debere in facto errans, quod non debebat, solverit, *l. 6. l. 7. C. de cond. in l. error. 7. C. de jur. & fact. ign.* Illud so-

solum quæritur, an etiam ei condictio sive repetitio detur, qui quod non debebat, solvit, ductus errore juris. Negant plerique recentiores Cuj. 5. *obs.* 39. Duar. *ad tit. de cond. ind. c.* 7. Donell. 1. *comm.* 21. Bronc. 2. *ass.* 36. Perez *in Cod. de cond. ind.* 12. Affirmant interpretes veteres, eosque secuti, Zas. *ad rubr. de cond. indeb. num.* 5. Sichard. *ad rubr. & l. C. eod.* Wesemb. *par. eod. num.* 9. Tulden. *c. eod. num.* 4. Grot. *lib.* 3 *introd. ad jurisp.* Batav. c. 30. Christin. *vol.* 3. *decis.* 8. Bachov. *disput.* 4. *de act. thes.* 17. Antequam vero sententiam nostram aperiamus, quoniam de indebito soluto hic quæritur, operæ pretium erit explicare, quid verbo *indebiti* auctores juris intelligant. Et quidem nemo dubitat, quin pro indebito habendum sit, quod neutro jure, id est, neque civili jure neque naturali debetur. Sed quid si jure civili quidem debeatur, non autem jure naturali aut è converso? Si tantum jure civili, id est, si ex ea obligatione debeatur. Cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, tale debitum pro indebito habendum est, ejusque per errorem soluti, ut vere indebiti datur repetitio, *l. si non sortem* 26. §. 3. *l. qui exceptionem* 40. *l. si quis* 43. *l. ex his omnibus* 54. *ff. de cond. ind.* Nimirum hujusmodi debitum verbo tantum ita dicitur, re autem debitum non est, quoniam naturæ jure non debetur, imo nec vere deberi intelligitur jure civili, *l.* 3. §. 1. *ff. de pecun. constit. l. nihil interest* 122. *ff. de reg. jur.* Naturale autem debitum, ut ut jure civili seu summo jure debitum non sit, in hac tamen causa pro vero debito habetur, ideoque etsi exigi non potest, solutum tamen quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur: sententia innumeris locis tradita, *l. naturales* 10. *ff. de obl. & act. l. indebiti* 13. *l. si pœnæ* 19. *l. si non sortem* 26. §. *libertus* 12. *l. Julianus* 60. *ff. de cond. ind. l.* 3. §. *ult. ff. quod quisq. jur.* Et vero cum etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat, summa ratione denegatur ejus per errorem soluti repetitio. Sed etsi debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: siquidem sententia Judicis obligationem naturalem consensu constitutam tollere non potest: & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse Julianus & Paulus responderunt, *d. l. Julianus* 60. *ff. de cond. ind.* Huc item plerique referunt exceptionem senatusconsulti Macedoniani. Nam & filiusfam. si mutuam pecuniam contra senatusconsultum acceperit, & paterfam. postea factus perperam solverit, non repetit, quoniam naturalis obligatio manet, *l.* 9. *in fin. & l. seq. ff. de senatusc. Maced.* Affertur & alia denegandæ ex hac causa condictionis ratio in *l. l. qui exceptionem* 40. *ff. de cond. ind.* Sed ea non est perpetua, ut apparet ex *d. l. Julianus, eod.* Atque ego in hac specie omnino distinguendum putarem inter errorem juris & facti, per *l. ult. ff. de senat. Maced.* Igitur & pro debito hic accipiendum, quod natura tantum debetur, & pro indebito, quod debetur tantum jure civili. Enim vero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & simul naturalis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si etiam ipsa naturalis obligatio jure civili tota improbetur, qualis est mulieris intercedentis, *l. si mulier* 16. §. 1. *ff. ad senat. Vellej.* prodigi promittentis, *l.* 6. *ff. de verb. obl.* aut alias destituta sit juris civilis auxilio, licet admittat accessiones, qualis est pupilli sine tutoris auctoritate contracta; talis debiti quamvis naturalis nulla hic habetur ratio, perindeque repetitio soluti datur, ac si quod ex ea causa solutum est, ne jure quidem naturali deberetur, *l. qui exceptionem* 44. *& l. seq. ff. de cond. ind. l.* 9. *C. ad sen. Vell. d. l.* 6. *ff. de verb. obl.* Ejusdem generis est & obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris vel minus solemnis, vel legantis supra dodrantem bonorum: quanquam hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *l.* 9. *C. ad leg. Falcid. l.* 7. *C. de cond. ind.*

Jam quod ad quæstionem propositam attinet, subscribo sententiæ veterum Interpretum, nempe etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse, si nulla subsit naturalis obligatio. Movet me primum hæc ratio, quod condictio indebiti ex bono & æquo introducta est, *l. pen. ff. de cond. ind.* ac proinde non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi potest. Quam vero æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate condictionis excipere, cui quid solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod ne natura quidem debebatur, sive quod causa debendi ab initio non valuit, sive quod effectum non habuit, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, *l.* 14. *ff. de compens.* accessiones non admittat, *l.* 1. §. 1. *ff. de pecun. constit. l.* 7. *ff. de fidejuss.* cum prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, *l. nam posteaquam*

quam 9. ff. de jurejur. quo tamen & ipso ostendit se id pro debito non habere, quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, repeti non posse? Prima enim æquitatis regula est, neminem debere cum alterius detrimento fieri locupletiorem, *l. nam hoc 14. ff. de cond. ind.* Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coëgerit, ut promitteret, non possum adduci, ut credam exactum ex his causis, licet per errorem juris solutum sit, retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse hoc solo prætextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali aut quod metus causa. Et ne videamus sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *l. 7. ff. de cond. ob turp. caus.* Ubi Pomponius diserte ait, ex stipulatione, quæ per vim extorta est, si exacta sit pecunia, repetitionem esse. Porro & extra hujusmodi casus Julianus post Nervam & Atilicinum respondit, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutam errore juris, *l. qui se debere 7. ff. de cond. caus. dat.* Similes loci sunt in *l. cum is 32. §. 2. l. si quis 43. l. si fidejussor. 59. ff. de cond. indeb. l. 5. C. eod.* His enim locis agi de errore juris patet ex eo, quod agitur de facto proprio, eoque quod nemo ignorare potest, nisi summe negligens, quæ ignorantia pro ignorantia juris habetur *l. 9. §. 2. ff. de jur. & fact. ign.* nemo enim potest proprii facti ignorantiam prætendere *l. 7. ff. ad senat. Vell. ad l. mandatum 57. ff. mandat. l. 1. præsc. ff. ut in poss. leg.* Præterea etiam hoc me movet, quod in toto titulo *π de cond. indeb.* alias satis prolixo, nusquam aut errori facti tantum repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur; sed perpetuo tribuitur errori simpliciter: sive quod solutum est omnino non debeatur, sive propter exceptionem perpetuam exigi non possit: ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiscumque sit, non obstare repetitioni; sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probant tum *l. 1. §. 1. & l. si non sortem 26. §. 3. ff. eod.* tum ratio, ob quam placet eum qui sciens indebitum solvit, non repetere, nimirum quia donasse intelligitur, *l. 53. ff. de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob caus. dat.* quod sane de eo, qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putavit, dici non potest, nec aliam ob causam in specie *l. 1. pr. ff. ut in poss. leg.* condictio satisdationis conceditur jus ignoranti scienti denegatur. Postremo vel maxime me illud movet, quod à Papiniano responsum est in *l. 8. ff. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere. Ex eo enim perspicue evincere mihi videor, etiam id quod per errorem juris indebitum solutum est, condici posse: nam si hoc negamus, illud fateamur necesse est, errorem juris etiam in amittenda re sua cuique nocere, contra sententiam Papiniani. Neque video quid ad hoc responderi possit sine cavillatione. Nam certe illa Neotericorum responsio captiosa est, quod condicens non laborat de re amittenda, sed de re amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittit, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque vero hic de tempore condictionis instituendæ quæritur, sed factæ solutionis, negatque Papin. errantem in jure rem suam amittere, videlicet sic, ut eam nunquam possit recuperare. Et tantum non ridiculum est, quod ajunt errorem juris solventi profuturum ad lucrum, si rem recuperaret, eo quod translato per solutionem rei dominio, jam de novo eam acquirere videatur. Quasi vero damno non afficiatur, qui dominium rei suæ in perpetuum amittit, aut lucrum sentiat, cui damnum resarcitur. Lucrum non intelligitur, nisi quod deducto damno superest: nihil autem amplius hac condictione recuperatur, quam quod damnum abstulit. Et omnino quod idem Papinianus in *l. 7. ff. de jur. & fact. ign.* definit, ignorantiam juris suum petentibus non nocere id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Nec obstat huic definitioni, *l. si fidejussor. 29. §. 1. ff. mand.* nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborans debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat, & fidejussor, qui cum factum non ignoraret, jure errans solvit: negaturque hoc casu competere fidejussori actionem mandati: de condictione autem nullum ibi verbum. Et iisdem locis aperti erroris convincuntur, qui eamdem scientiæ & ignorantiæ juris rationem esse volunt. Quid enim si acipiens quoque in jure erret, dicent ne, hunc furem esse? aut si sciat esse indebitum & creditorem se simulet, negabunt esse furem, propterea quod solvens eo quod in jure errat, pro sciente & donante habeatur? *vid. l. quoniam 18. ff. de c. furt. l. falsus 43. pr. ff. de furt.* Quid ergo est? Acquirere volentibus juris error non prodest, *d. l. 7. ff. de jur. & fact. ign.* exempla in *l. 4. ff. eod. l. 10. ff. de bon. poss. l. nunquam 31. ff. de usuc. l. 11. C. de jur. & fact. ign.* suum vero petentibus & in damnis amittendæ rei suæ non nocet, *d. l. 7. & d. l. 8.* Et quod dicitur, juris ignorantiam nocere, *l. 9. ff. eod.* sic accipiendum est non prodesse, lucro non afficere: cæterum nec damno. Enimvero memi-

nisse oportet ejus, quod initio dixi, ita errorem juris non impedire, quominus solutum repeti possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is, qui solvit, natura qualis qualis debitor est, quæ res simul justam retinendi causam accipienti tribuat, hoc sane casu distinguendum erit inter errorem juris & facti, ut in facti errore concedatur, in errore juris denegetur repetitio. Ut ecce cum essem filiusfam. mutuam pecuniam contra senatusconsultum accepi, & paterfam. factus solvi, si per ignorantiam juris, non repetam, si per errorem facti, contra; *arg. l. qui exceptionem 40. de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. seq. junct. l. ult. ff. de senat. Maced.* Solvi fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solemnem, quia forte quinque testes non adfuerant, qui numerus in fideicommissis legitimus est, *§. ult. Inst. de fideic. hæred.* Solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia, si errore facti, repetitionem habeo, si errore juris, non item, *l. 2. C. si adv. solut. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falcid.* Non equidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, *arg. l. 2. C. de fideicom. l. in testamento 38. de fideic. libert. l. 5. §. si quis 15. ff. de don. int. vir. & ux.* justam facit retentionem. Et hoc puto significare Grotium, *lib. 3. introd. ad jursp. Bat. c. 30.* his verbis, *Ten vvaer eenige rechtmatige reden tot de betalinge hadde gbedient.* Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt & alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur, ut in *l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 6. C. de cond. ind.* Nam profecto ob hoc solum quod ego in jure erravi, tu justam retinendi, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hic melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro, *arg. l. non debet 41. §. 1. ff. de reg. jur.*

CAPUT XLVIII.

An mulier ex quavis causa etiam extra judicium efficaciter renuntiet senatusconsulto Vellejano?

Fœminæ non minus quam masculi ex contractibus suis obligantur. Excepta est intercessio senatusconsulti Vellejani providentia. Id autem ideo senatus providit, ne fœminæ virilibus officiis (cujus generis est & intercessio, *l. 2. ff. de reg. jur.*) fungerentur. Et hoc officium eo magis eis adimendum fuit, quia in eo non sola opera nudumque ministerium versatur, sed etiam periculum rei familiaris, *l. 1. pr. & §. 1. ff. ad senat. Vellejani.* Et proinde prospexit senatus, ne remoto præsentis periculi metu alienam obligationem facilitate sua suscipiendo (ut est sexus avarus quidem, sed incautus, non prospiciens damnum, quod ante oculo positum non est) obstringerentur, *l. 2. §. 2. ff. eod.* Subvenit autem ita mulieri, ut si de intercessione constet, nulla actio petitiove adversus eam detur: aut si hoc non satis liqueat, detur mulieri exceptio, qua probata non teneatur, *arg. l. 9. pr. ff. de jurejur.* totam denique obligationem senatus improbavit, *l. 16. §. 1. ff. ad senat. Vellej.* Sunt autem nonnulli casus, quibus cessat senatusconsulti auxilium, 1. si mulier se obligavit pro manumissione, *l. pen. C. eod.* 2. si pro dote, *l. 12. l. ult. C. eod.* 3. si in rem suam, puta pro suo procuratore fidejussit, *l. 3. l. aliquando 16. l. si pro 21. & l. seq. ff. eod.* 4. si apud minorem intercessit pro debitore inope, *l. 12. ff. de minorib.* 5. si dolo eum deceperit, cui se obligavit, *l. 2. §. 3. l. si decipiendi 30. ff. ad senat. Vell. l. 5. C. eod.* 6. si pretium intercessionis acceperit, *l. antiquæ 23. Cod. eod.* 7. si debitori principali successerit, pro quo se obligaverat, *l. 8. §. planè 13. ff. eod.* 8. si intercessionem ante biennium factam post biennium confirmaverit, atque se obligaverit iterato, *l. si mulier. 28. C. eod.* sed pro extraneo nempe, non pro marito: nam si pro marito intercesserit, etsi sæpius intercessionem repetiit, tamen intercessio inutilis est, *auth. si qua mulier. C. eod.* 9. si beneficio senatusconsulti renuntiaverit, quod citra controversiam receptum est in duabus causis; in tutela liberorum à matre aut avia suscepta, *auth. matri & aviæ C. quand. mu. tut.* item si pro eo, pro quo mulier intercessit, parata sit judicium accipere, ejus liberandi causa *l. ult. §. pen. ff. ad senat. Vell.* quorum alterum rei necessitas expressit, recepta scilicet matris & aviæ tutela, alterum ejus, quippe quod admissa solutione omnino consequens fuit, *l. solutione 23. ff. de solut.* Illud autem quæritur, an mulier etiam ex quavis alia causa extra prædictas efficaciter renuntiet senatusconsulto, non quidem in foro, ubi sententiæ numerari solent, sed in Academiis, ubi veritas exquiritur. In foro recepta dicitur hæc sententia, tanquam communis, mulierem ex quavis causa etiam extra judicium renuntiantem senatusconsulto ex intercessione sua obligari, utique si de jure sibi competenti, & vi senatusconsulti probe edocta sit: quanquam nec ubique hoc receptum videtur, & dubium est, an hæc sit communis opinio, ut paret ex iis, quæ traduntur à Gomesio *lib. 2. var. resol. c. 13. num. 17.* Christin. *vol. 3. decis. 56.*

& aliis. Sed ut hæc sit communis & recepta usu forensi sententia, ego tamen cum Alberico, Bart. Bald. Castr. Salic. Alciat. Gomes. *ubi sup.* & *aliis ibid.* & *apud* Soar. *in addit.* citatis, veriorem esse judico sententiam contrariam, nimirum mulierem extra causas memoratas, quarum propria, ut diximus, ratio est; renuntiantem senatusconsulto ex intercessione non magis obligari, quam si intercesserit sine renuntiatione. Hoc enim omnino consequens est, amplissimi ordinis providentiæ totam intercessionem improbatis, idque etiam publicæ honestatis causa, quod intercedere civile & virile officium videatur, *l.* 1. *l.* 2. §. 1. *l.* 16. §. 1. *ff. ad senat. Vell. l.* 2. *ff. de reg. jur.* Et alioqui admissa contraria opinione levi momento prudens senatus consilium eludi atque inutile reddi poterit: quippe cum eadem fragilitate & levitate, qua mulier intercedit, etiam renuntiatura sit: nempe ubi nullum præsens damnum est, tam facile se induci patietur: ut renuntiet, quam ut intercedat. Quid quod ipsa renuntiatio vel maxime intercessio est, utpote quæ intercessionis confirmandæ gratia interponitur? Nihil in contrarium facit, quod mulierem de jure suo certiorari volunt: quoniam certioratio neque augere, neque minuere obligationem potest, neque sufficit ea res ad imbecillum, & captionibus suppositum sexum deterrendum ab intercessione, ubi nullum præsens periculum metuitur. Cumque finis certiorationis sit cognitio auxilii, nihilominus tamen mulieres ut maximæ juris sui consciæ sint senatusconsulto juvari constat: & semper hic militat ratio ducta à causa tum impellente tum finali, ne mulieres ex aliena obligatione damnum sentiant. Accedit huc, quod mulier etiam iterato intercedens juvetur: nam & in secunda promissione intercessio est, ut inquit Jurisconsultus in *l. doli* 19. *vers. diversum. ff. de novat.* Atqui renuntiatio non videtur esse efficacior intercessione repetita. Quod vero constitutum est à Justiniano in *l. si mulier* 21. *C. ad senat. Vell.* ut iterata seu repetita post biennium intercessio senatusconsulti auxilium excludat, id specialem rationem habet, quæ etiam illic adjicitur, nimirum quod mulier tunc non tam pro aliena obligatione, quam pro sua intercedere videatur, & proprium negotium gerere. Utique secus est, si ante biennium cautionem repetierit. Est & aliud hujus sententiæ argumentum in *l. Antiquæ* 23. §. 1. *C. ad senat. Vell.* ubi eo casu mulieri datur exceptio senatusconsulti, cum instrumento publice confecto & tribus testibus subsignato intercessio facta est, & ita ut hoc solo casu ipso jure teneatur, eique exceptio sit necessaria, alias senatusconsulti auxilium non desideret. Quod si igitur mulieri non obstat intercessio tam solemnis, quominus locus sit senatusconsulto, multo magis locum habebit in simplici renuntiatione. Utique enim non verbis, sed rebus leges positæ sunt: & quæ tam solemniter intercedit, serium profecto animum se obligandi habere ostendit, taciteque hoc ipso videtur senatus auxilio renuntiare, cum alias dolus præsumi possit. Et bona igitur hæc connexio est: Si mulieri etiam tunc succurritur, cum instrumento publico trium testium subsignatione firmato intercessit: multo magis ei succurrendum est, cum tantum simpliciter exceptioni, senatusconsulti renuntiavit. Non obstat regula tradita in *l. pen. C. de pact.* quod unusquisque licentiam habet juri pro se introducto renuntiare. Illa enim regula officium suum perdit, quando vel ætas, vel fragilitas personæ, aut alia consideratio privilegio locum facit, *arg. l. alia* 14. §. 1. *ff. solut. matrim.* ut recte Alciat. *in l. pen. C. de pact.* Senatus autem cum improbat intercessionem & inde natam obligationem, opem quidem fert mulieribus, sed tum propter sexus imbecillitatem multis captionibus obnoxii, tum etiam intuitu publicæ honestatis, eo quod intercedere sit virile & civile officium, *l.* 1. & *l.* 2. *ff. ad senat. Vell. l.* 2. *ff. de reg. jur.* Et alias, ut dixi, prudens senatus consilium nullo negotio eludi posset. Fundatur maxime contraria opinio in *l. ult.* §. *pen. ff. ad senat. Vell.* ubi Jurisconsultus ait, si mulier pro eo, pro quo intercessit, parata sit judicium accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, eam cavere debere, se senatusconsulti exceptione non usuram. Sed inquam necessitas juris in hoc casu renuntiationem admisit vel potius extorsit. Etenim hoc admisso, quod mulier pro debitore recte solvit, *l.* 4. *C. eod.* consequens omnino est, ut ei liceat & judicium pro debitore accipere liberandi ejus causa, quoniam & hoc pro solutione est, & unicuique licet etiam debitore invito, *l. solutione* 23. *ff. de solut.* Nimirum si vellet solvere mulier, audiretur: nunc idem facere vult, sed prius postulat de debito sibi liquere per judicem & aperte æquum postulat, dummodo de solutione futura certus reddatur actor: & ideo ne ille decipiatur, non alia conditione mulierem judicium pro alio suscipientem audiri recte placuit, quam si caveat se, si condemnetur, auxilio senatusconsulti non usuram, idque in jure apud prætorem sive magistratum, cujus auctoritas eludi non debet. Indicant hoc non obscurè extrema *d. l. ult.* §. *pen.* verba, & *sic ad judicem ire* 1. post renuntiationem in jure apud præ-

prætorem factam ire ad eum judicem quem prætor dedisset, ex usitato & ordinario more judiciorum. Eallitur veteris ordinis judiciarii ignorantia, Fachinæus *lib. 1. cont. 59.* dum hunc locum etiam de cautione extra judicium sive non in jure facta accipi posse putat. Neque enim protinus ad judicem ibatur: sed prætor prius adeundus erat judicii constituendi gratia, quo demum constituto & facta litigandi potestate, ibatur ad judicem, quem prætor dederat judicii instituendi & contendendi causa, qua de re consulendi antiquitatis indagatores, Brissoni us, Hotomannus, Sigonius.

CAPUT XLIX.

An etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat?

COmpensatio est debiti & crediti inter se contributio, *l. 1. de compens.* verbi causa, tu mihi debes centum ex causa mutui: ego vicissim tibi debeo tantumdem ex causa emptionis: agis mecum & petis centum ista, quæ tibi debeo ex causa emptionis: ego peto, ut compensatio fiat ejus pecuniæ, quam ego tibi debeo, cum ea pecunia, quam tu mihi debes ex causa mutui. Hæc contributio dicitur compensatio. Ut autem compensationi sit locus, exigitur, ut quantitas seu pecunia utrinque debeatur. Omnino enim probamus sententiam vulgo receptam, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, nec pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie. Idque vel etymologia verbi satis confirmat, quo nihil aliud, quam debitæ invicem pecuniæ contributio significatur; nisi forte quis abusive loquatur, eoque verbo intelligat retentionem, quod fecisse videtur Jurisconsultus in *l. in rebus 18. §. ult. ff. commod. & l. 7. §. ob donationes 5. ff. solut. matrim.* Utique non potest dici æqua præstatio ac tantumdem reddi nisi cum res quantitate constantes eadem quantitate redduntur vel mutuo imputantur. Quod si in aliis rebus, quam quæ functionem in genere suo recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio, compensari poterit: quod non magis licere debet quam aliud pro alio invito creditore solvere, *arg. l. 4. C. de compens. junct. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Non inquam magis, quam ut quis cogatur rem suam vendere, aut alienam emere, aut suam cum aliena permutare & faciunt hoc textus, in *l. si convenerit 18. præsc. ff. de pign. act. l. 4. l. si debeat 22. ff. de compens. l. 4. C. eod.* Paul. *2. sent. 5.* Mercer. *1. opin. 14.* Zanger. *de except. p. 3. c. 8. num. 108.* late Schifordig. *lib. 1. ad* Ant. Faber. *tract. 2. quæst. 2. seqq.* Donell. *ad §. 30. Inst. de act. num. 12. & lib. 16. comm. c. 15.* Tulden. *in C. de compens. num. 3.* Itaque quod dicitur in omnibus actionibus compensationem opponi posse, sic intelligendum est, si res debita non impediat, & ponendi termini habiles, scilicet cum utrimque pecunia debetur; alias enim opus est mutua petitione seu reconventione, ut nunc loquuntur, *l. 14. & auth. & consequenter, C. de sent. & interlocut.* Cæterum hæc missa facio, & ad quæstionem propositam accedo. Cum compensatio sit debiti & crediti mutua contributio, quæsitum est, an cujusvis debiti nomine compensatione uti liceat, & nominatim an debitor conventus à creditore suo, qui vicissim ei obligatus est, sed naturaliter tantum, naturale hoc debitum cum alio naturali & civili simul compensare possit. Quin debitum, quod cum effectu peti potest compensari cum alio queat, nulla dubitatio est, sicut ex converso, quod summo jure debitum per exceptionem perpetuam potest removeri, puta pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi, &c. ad compensationem non pertinere in confesso est, *l. quæcumque 14. ff. de compens.* ut pote cujus etiam per errorem soluti repetitio datur, *l. si non sortem 26. §. 3. l. 3. l. qui exceptionem 40. ff. de cond. indeb. cum simil.* Tantum quæritur debito naturali, an id etiam in compensationem deduci possit. Et puto posse: nam cum hujus debiti, licet per errorem soluti, non sit repetitio, consequens est posse hoc ipsum & cum alio quovis debito compensari. Ratio est, quia compensatio non alia de causa debitorem liberat, quam quod & ipsa numerationem quandam brevi manu continet, & pro solutione ipso jure habetur, *l. 4. C. de compens. l. 10. ff. eod. l. 4. ff. qui pot. in pign.* Et secundum hoc diserte ab Ulpiano responsum est, etiam id, quod naturaliter debetur, in compensationem venire, *l. 6. ff. de compens.* Nimirum compensatio species quædam est defensionis, & quodammodo exceptionis paritque retentionem, qui unus est ex effectibus naturalis obligationis, *l. 4. l. ob negotium, ff. eod.* Et toto errant judicio, qui compensationem referunt ad merum jus civile, cum ea potius mera nitatur æquitate, unde æquitas compensationis, *l. in rem 18. ff. l. 5. l. 6. C. eod. l. inter 36. ff. de admin. tut.* Non desunt tamen, qui simpliciter negant naturale debitum compensari posse cum eo quod naturaliter & civiliter simul debetur. Sed utuntur illi exemplis à statu controversiæ alienis & inscite admodum argumentantur. Etenim na-

turale debitum hic intelligi oportet non quodvis, quod natura debetur; non quod in totum aut quoad effectus principales destituitur juris civilis auxilio, quale est mulieris intercedentis, prodigi promittentis, filiifam. mutuam pecuniam accipientis, pupilli sine auctoritate tutoris contrahentis, quod oritur ex voluntate testatoris minus solemni, &c. cujusmodi obligationum naturalium exempla illi proferunt (dubites, an bona fide, quia nemini unquam in mentem venit ex obligatione naturali sic destituta jure civili, ut etiam quod ex ea per errorem solutum est, possit repeti, admittere compensationem) sed tale, quod ex conventione descendens eosdem effectus etiam jure civili habet, quos habet naturale & civile debitum simul, una actione excepta: & adeo cujus nec per errorem soluti repetitio est: quale scilicet debitum seu naturalem obligationem auctores juris passim intelligunt, cum ajunt aut negant aliquem naturaliter obligari, *l. naturaliter* 13. *l. si pœna* 19. *l. frater à fratre* 38. *l. quod pupillus* 41. *l. si quod* 64. *ff. de cond. indeb. l. naturales* 10. *l. pupillus* 95. *ff. de oblig. & act. l.* 5. §. 2. *ff. de solut. & similib.* Finge igitur usuras fœnoris pecuniæ pacto promissas, hæ etsi exigi non possunt, solutæ tamen non repetuntur, quoniam nuturaliter ex conventione debentur, *l.* 3. *C. de usur.* ac proinde etiam cum alio debito compensari poterunt. Finge patrem pecuniam credidisse filio, quem in potestate habebat, vel fratrem fratri συνπεζυγίω, hic neque filius patri, neque frater fratri civiliter obligatur, sed naturaliter dumtaxat, *l. frater à fratre* 38. *ff. de cond. indeb.* si tamen is filius postea emancipatus cum patre aut fratre contrahendo eos civiliter obligaverit, & debitum petat, recte pater aut frater compensabunt pecuniam à se creditam propter obligationem naturalem, *d. l.* 6. *ff. de compens.* Similia exempla peti possunt ex *l.* 6. §. *sicut autem* 4. *ff. de pecul. leg. l. naturaliter* 13. *ff. de cond. indeb. l. servus* 14. *de oblig. & act.* Nihil plane pro contraria sententia facit, quod Javolenus respondet in compensationem non venire, quæ per exceptionem perimi possunt, *l. quæcumque* 14. *ff. de compens.* Nam quæ (malum) hæc argumentatio est? Quod per exceptionem perimi potest, in compensationem non venit, ergo nec quod natura debetur. Si hoc procedit, etiam illud procedet: Quod per exceptionem perimi potest, ejus per errorem soluti est repetitio, *l. qui exceptionem* 40. *l. ex his* 54. *ff. de cond. indeb.* ergo & debiti naturalis. Quis unquam fando audivit procedere argumentum a vero indebito, eoque quod vi ipsa nullo jure debetur, *l.* 3. §. 1. *ff. de const. pec. l. nihil* 112. *ff. de reg. jur*, ad debitum verum & naturale, ad quod solvendum jure gentium adstringimur, *l. cum amplius* 84. §. 1. *ff. de reg. jur.* Licet jure civili exigi nequeat; denique à remotione iniqui ad remotionem æqui? Sic dicam, debitum civile tantum non potest constitui, *d. l.* 3. §. 1. *de const. pec.* ergo nec debitum naturale, contra textum expressum in *l.* 1. §. *debitum* 7. *eod. tit.* Denique quid tam ridiculum, dicam an stultum, quam sic argumentari? Si id quod natura non debetur, non potest compensari, ergo nec id compensari potest, quod natura debetur? Hæc tamen eorum collectio est. Præterea naturale debitum vi exceptionis non perimitur, sed ob defectum actionis non petitur: longeque aliud est debitum, quod peti non potest, non tam jure deficiente, quam actione: aliud quod peti quidem summo jure potest, sed non cum effectu propter exceptionem. Illud enim vere debetur, & sine exceptione, quamvis exigi jure civili non possit: hoc autem vi ipsa pro non debito est, *l. Marcellus* 66. *l. nihil* 112. *ff. de reg. jur.* Quod vero ajunt, naturale debitum per exceptionem utique late dictam, quæ facti & intentionis interpretibus vocetur, perimi oppido quam indoctum est. Nam allegationes illæ reorum, quæ vulgo exceptiones facti dicuntur, nihil aliud sunt, quam inficiationes conjunctæ cum novi facti affirmatione, veluti si quis judicio conventus ex ea causa, ex qua actio jure competit, neget se debere, propterea quod actio illa ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu: cujusmodi affirmatio cum in judicium deducatur, ac proinde à debitore probanda sit *l.* 1. *C. de prob.* prope abest à natura exceptionis. Nemini autem interpretum vel per somnium unquam in mentem venit, ut putaverit idem locum habere etiam in debito naturali, in quo qui se fundat, nec habet actionem, nec unquam habuit & quo casu debitor de facto conventus, nihil fit affirmaturus, nihil in judicium deducturus nec probaturus, sed ad defensionem suam simplici usurus inficiatione, id est, negaturus ullam actori proditam actionem de eo quod petitur. Quid quod ridicule juberet prætor de eo apud judicem quæri, quod sibi exploratum & apud partes confessum est? Verus debitor, inquiunt, etiamsi sententia judicis absolutus sit, naturaliter tamen obligatus manet, & ideo si neglecta rei judicatæ exceptione solverit, non repetit; utrumque verum est, *l. Julianus* 60. *ff. de cond. indeb.* addunt, nec cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet, compensat, quod quidem non capio. Quid enim hoc monstri est, debi-

bitor quod naturaliter tantum debet, non compensat cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet? An debitor ipse secum pensat, aut an is, qui naturaliter debet, pensat cum alio? Nemo sanus hoc dixerit: sed is, cui naturaliter debetur, judicio conventus potest hoc debitum pensare cum eo quod ipse civiliter petitori debet, & sic naturalis debitor patitur compensationem perindeque habetur, ac si solvisset: Nihil præsidii habeat in *l. 2. C. de compens.* illic enim non agitur de debitore absoluto, ut imperite illi, sed de condemnato, qui & judicatum fecerat, negaturque hunc ab eodem creditore ex alia causa conventum compensare posse, quod ante ex causa judicati solvit. Ratio est, quia qui ex hac causa solvit, non indebitum, sed debitum solvit, cujus soluti nulla repetitio est, ut ibidem significatur. Et hactenus verum est quod ajunt, quod solutum non repetitur, id in compensationem deduci non posse: nullum enim verum debitum, quod semel solutum est, aut repetitur, aut in compensationem deducitur. Qui ex causa judicati quod debet, solvit, is nec repetere solutum, nec ex alia causa á creditore conventus compensatione uti potest: cæterum si ante solutionem judicati conveniatur, compensationem pecuniæ sibi ex alia causa debitæ implorare non prohibetur *d. l. 2. C. de compens.* Quod si hæc eorum sententia est cujus debiti soluti cessat repetitio, ejus nondum soluti necesse compensationem, jam nullum verum debitum compensari cum alio poterit, quia nullius veri debiti soluti repetitio est. Ejusdem commatis est & hæc eorundem argumentatio. Ex naturali obligatione nulla nascitur actio, at qui compensatione utitur, agere videtur & mutuo petere, *l. amplius 15. ff. rat. rem hab. l. 6. de compens.* ergo debitum naturale cum alio debito compensari non potest. Perinde enim hoc est ac si hoc modo colligerem. Qui non potest agere, non potest excipere, quia qui exceptione utitur, agere videtur, *l. 1. ff. de exc. d. l. amplius.* Ex naturali obligatione nulla nascitur actio, ergo nec solutum ex naturali obligatione accipi & retineri potest, quia qui solutum, licet sine judicio, accipit, petere videtur. Item qui non potest agere, non potest deducere, quia qui deductione utitur, petere videtur *d. l. amplius.* Quis hæc aut similia non explodat? Quærit Jurisconsultus in *d. l. amplius* quando stipulatio hæc, *amplius non peti*, commissa intelligatur: & ait eam committi non tantum cum res judicio petita est, sed etiam cum sine judicio, forte ab ignorante, pecunia soluta est: ubi tamen revera nulla petitio intervenit, nempe quia qui promisit amplius non peti, vi ipsa contra stipulationem facit pecuniam accipiendo: eandemque rationem esse ait ejus, qui compensatione aut deductione utitur, quia & is petere videtur, quanquam retinendo aut excipiendo: idque probat exemplo hæredis damnati non petere. Minimè verò novum est, ut ei, qui ultro agere aut petere non potest, actione ab alio instituta ex æquitate officio judicis succurratur, & tantum consequatur per exceptionem, aliamve defensionem aut retentionem, quantum consequeretur instituta, si quam haberet, actione, *l. plane 38. ff. de hæred. petit. l. sumptus 48. ff. de rei vind. l. ex quibus 51. ff. de cond. ind. l. Paulus 14. ff. de dol. mal. exc. l. hæres 21. ff. ad senat. Trebell. l. 4. C. de usur.* In compensatione autem est defensio & retentio, *l. 4. l. ob negotium 20. ff. de compens.* Nec melior hisce argumentis est eorum responsio ad locum Ulpiani in *l. 6. ff. eod.* ubi aperte & rotunde Jurisconsultus pronuntiat etiam quod natura debetur, in compensationem venire. Ajunt enim locum istum restringendum esse ad casum specialem, quo naturale debitum etiam ultro peti, & invito extorqueri potest, quale sit pupilli, locupletioris facti ex contractu sine tutoris auctoritate inito, *arg. l. 5. pr. de auct. tut.* Quasi vero Ulpianus sic generaliter definiens de hoc uno tantum casu somniasset aut ex quo Divus Pius etiam actionem in pupillum dedit, in quantum locupletior factus est, non simul civilis esse cœperit hæc pupilli obligatio, *arg. pr. & §. 1. Inst. de oblig. §. 3. Inst. de act. l. 6. ff. de pact.* aut ante Divum Pium locupletior factus naturaliter obligatus non fuerit, ut non ita, ut pati debuerit compensationem: cum tamen propter summam hujus naturalis obligationis æquitatem solutum condicere non potuerit, *l. naturaliter 13. §. 1. cum l. seq. ff. de cond. indeb.* cui omnino consequens, ut & compensationem admittere debuerit, per ea quæ allegata superius. Unum adhuc removendum superest, quod ferè præterieram, nempe quod ex eo, quod compensatio definitur debiti & crediti contributio, inferunt æquale utrinque debitum & creditum intelligi oportere. Hoc, inquam, non plus ponderis, quàm cætera, habet. Nam æquale debitum haberi debet, quod æquali jure cum debito naturali & civili simul, in causa, de qua agitur censetur, ut hic in causa compensationis. Sic in causis constitutæ pecuniæ, condictionis indebiti, fidejussionis, &c. nihil interest naturale sit debitum tantum, an & civile, *l. 1. §. pen. de constit. pec. l. naturaliter 13. ff. de cond. ind. l. 6. §. 2. & l. 7. ff. de fidejus.* & credito-

rum

rum loco habentur etiam, quibus natura tantum debetur: etiamsi non idem sit in aliis causis, veluti ut mitti possint in possessionem, & bona debitoris possidere sine metu calumniæ, quo pertinet, *l. creditores 10. ff. de verb. signif.* ut bene Cujacius & alii in *Comment. ad d. loc.* observaverunt. Quare non obstat DD. axioma, quod determinatio respiciens plura determinabilia æqualiter determinet, *arg. l. 4. §. 2. ff. de vulg. & pup. sub.* Hoc enim tunc procedit, quando determinatio communis in uno unum tantum effectum, in altero plura vel diversa producere potest, ne alias oriatur absurdum seu ἀκατάλληλον, ut in specie *d. l. 4. §. 2.* quod non fit in casu nostro, ubi utriusque eadem vis & par effectus est.

CAPUT L.

An reus compensationem ex causa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, non audiendus sit?

UTrum cujuscumque debiti ad quodcunque sive liquidum sive non liquidum jure veteri admissa fuerit compensatio, ut vult Donellus *ad §. in bonæ 30. Inst. de act. n. 7.* an liquidi dumtaxat cum liquido, ut Cujacius *lib. 8. obs. c. 16. & lib. 15. c. 12.* supervacuum est disputare, cum certum sit hodie ex constitutione Justiniani eas dumtaxat compensationes admitti, quæ ex causa liquida objiciuntur, *l. ult. C. de compens. d. §. in bona, Inst. de act.* sed nimirum hoc effectu, ut oppositæ ipso jure actiones minuant, ut iisdem locis expressum est: & pro soluto retro habeantur, *l. 4. C. eod. tit.* ac consequenter, ut quovis tempore opponi possint, etiam post rem judicatam in executione sententiæ, *d. l. ult. junct. d. l. 2. C. eod.* Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit, & compensationem implorat, *d. §. in bona, Inst. de act.* id autem ita fit, si causa debendi & justa est & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expeditè probari possit. Zanger. *p. 3. de except. c. 8. n. 95. & seqq.* Cacher. *decis. 129. n. 13.* Menoch. *2. arb. q. cent. 1. cas. 14.* ubi in hac re judicis arbitrio tribuendum existimat: in quo illi facile assentior. Liquidum debitum est illud existimandum, quod juris tantum quæstionem habet, veluti si quæratur an in contractibus bonæ fidei usuræ debeantur ex mora? Hæc enim quæstio certo jure definita est, *l. mora 32. §. 2. ff. de usur. l. 2. C. depos.* Non liquidi autem cum liquido compensationem non admittit Justinianus: sed tum alii judicio rem reservari jubet, ne scilicet creditori fiat injuria, si debitori qui initio tacuit, jam convicto aut pene convicto concedatur, ut confugiat ad defensionem compensationis ex causa, de qua non liqueat, & quæ altiorem requirat indaginem, *d. l. ult. §. 1. vers. hoc itaque, C. de compens.* videsis, Christin. *vol. 1. decis. 231. & vol. 3. decis. 38.* Zanger. *ubi sup. num. 101. & seqq.* Illud autem quæritur, an reus audiendus sit compensationem ex causa, quamvis non liquida objiciens, si eam per modum exceptionis initio litis opponat: eamque contestetur? nam ad hunc casum non videtur pertinere Justiniani constitutio. Quippe Justinianus loquitur de compensationibus, quæ fiunt ipso jure. Sic enim initio cavet, compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus. Atque ad hanc ipsam constitutionem temperandam pertinet, quod subjicit de causa liquida, nempe in hujusmodi compensationibus, quas vult fieri ipso jure, id est, tunc cum ab initio litis non opposita & contestata compensationis exceptione, postea inter moras judicii intentione actoris jam probata objicitur compensatio, exigere se, ut causa, ex qua objicitur, sit liquida. Sed & in eo temperamento nominatim eam compensationem, quæ non fit ex causa liquida, ideo repudiat, quia post multa forte certamina & reo jam pene convicto demum opponitur: unde sic recte colligi videtur, si quis initio litis & ante omnem disceptationem utatur exceptione compensationis, licet ex causa non liquida, constitutionem cessare, eamque non pertinere ad compensationes, quæ in exordio litis opponuntur, actionemque non ipso jure, sed per exceptionem minuunt, *arg. l. 1. pr. ff. de offic. ejus, cui mand. jurisd.* Et vulgo quidem Accursio id admittunt interpretes, si debitor à creditore conventus statim debitum agnoscat dicatque sibi vicissim tantundem à creditore deberi, atque hac defensione adversus intentionem creditoris utatur. Sed quid si reus initio neget se debere, & tamen dum de eo dubitat, utatur simul exceptione compensationis, ut dicat etsi deberet, tamen sibi tantundem ex hac aut illa causa vicissim ab actore deberi, eamque exceptionem contestetur, an hic si actor probaverit sibi pecuniam quam petit, deberi, nihilominus reus jam post longa fortè certamina convictus, redire poterit ad exceptionem compensationis, quam initio contestatus est, & ad eam probandam admitteretur, quamvis causa, ex qua compensatio objicitur, non sit liquida? Adhuc dicimus audiendum esse, & ad probationem admittendum. Atque

hæc

hæc ſententia multis argumentis probari poteſt. Nam primo, conſtat olim ex reſcripto D. Marci compenſationes admiſſas fuiſſe oppoſita doli mali exceptione. Hoc quidem jus hactenus mutat Juſtinianus; ut actionem quancunque ipſo jure minuat compenſatio; ſi aperto jure nitatur: non autem ſi fiat ex cauſa non aperta nec liquida: igitur hoc caſu intelligitur velle manere jus antiquum, *arg. l. præcipimus* 22. *C. de appellat.* At certum eſt jure veteri exceptionem initio conteſtatam licuiſſe intra quodvis tempus, dummodo idoneum, probare, *l. ſi quidem* 9. *C. de except.* Secundo, non rejicit Juſtinianus compenſationem debiti non liquidi ſimpliciter, ſed ita ſi poſt multa certamina longamque diſceptationem à debitore jam convicto, aut pene convicto opponatur: ergo ex contrario, ſi in id tempus objectionem compenſationis non diſtulit, ſed ſtatim initio litis eam oppoſuit, quamvis ex cauſa minime liquida, adhuc audiendus poſtea erit. Tertio idem evincitur ex verbis conſtitutionis, quibus Juſtin. jubet, ut judices ſtricto jure utantur adverſus eos debitores, qui jam convicti aut pene convicti compenſationem debiti non liquido opponunt. At ſtricti juris ratio nihil amplius exigit, quam ut exceptio initio litis conteſtetur, ſi quis eam poſtquam actor intentionem ſuam probavit, ante ſententiam ad diſceptationem velit opponere & probare, *l.* 9. *C. de præſcr. long. temp. l.* 8. *l. ult. C. de exc.* Quarto, ſi alia exceptione debitor conventus utatur, puta pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ, &c. convenit inter omnes, ſi eam initio oppoſuerit audiendum eum eſſe intra quodcunque tempus eam probet: neque diſtinguitur, utrum initio confeſſus fuerit ſe debere, & exceptionem ſolummodo oppoſuerit, an debere ſe negaverit, & tamen ſi convinceretur debere, exceptionem aliquam objecerit, *l. in exceptionibus* 10. *ff. de probation. junct. d. l.* 9. *C. de except.* idem ergo dicendum, ſi utatur exceptione compenſationis, quæ eſt juſtiſsima. Quinto & poſtremo, ſi is, qui conventus negat ſe debere, & tamen dicit, ſi debet, ſe ſolviſſe, etiam poſtquam convictus eſt, auditur ſolutionem probare volens, quamvis ſolutio non ſit liquida, *l.* 1. *C. de probat.* & ibi Sichard. poſt alios *num.* 1. idem etiam in compenſatione initio oppoſita admittendum, etſi debitor primo neget ſe debere: quoniam compenſatio pro ſolutione eſt, *l.* 4. *C. de compenſ. l.* 4. *ff. qui pot. in pign.* ita Donell. *ad l. ult. C. de compenſ. & ad §. in bonæ* 30. *Inſt. de act. n.* 5. Mudæ *ibidem, num.* 15. Zanger. *de except. p.* 3. *c.* 8. *num.* 104. *& ſeqq.* & facit hoc textus in *l.* 8. *ff. de compenſ.* Unum eſt, quod tot & tam efficacibus argumentis objicitur, nempe Juſtinianum ſanxiſſe, ut omnis compenſatio ipſo jure actionem minuat: quod tamen falſum eſſe aperte liquet ex iis quæ ex tenore ipſius conſtitutionis Juſtiniani, atque ex verbis, *§. in bonæ* 30. *Inſt. de actionib.* elicuimus. Ad argumenta autem ipſa nihil ſolidi, aut quod confutatione dignum ſit, reſpondetur.

CAPUT LI.

An depoſitarius propter impenſas neceſſarias retinere depoſitum poſſit?

QUi rem aliquam depoſuit, hoc eſt, alteri cuſtodiendam dedit, is eam rem quovis tempore repetere poteſt, & reddenda eſt etiam ante tempus conſtitutum repetenti, *l.* 1. *§. pen. & propen. ff. depoſ.* Nam cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æſtimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum eſt, quam ſine incommodo depoſitarii mutat, ſi rem ante tempus definitum repetat: & ne ulla mora interponeretur reddendi depoſiti, ne compenſationis quidem nomine actioni depoſiti quicquam objici voluit Juſtinianus, licet in cæteris actionibus defenſionem compenſationis debitæque & creditæ inter ſe quantitatis contributionem admittat, *l. ult. C. de compenſ. §. in bonæ* 30. *Inſt. de action.* Cæterum ſi quid depoſitario per cauſam & occaſionem rei, quam cuſtodiendam acceperat, abeſſe contigerit, poterit id conſequi contrario judicio depoſiti, quo ultro de indemnitate ſua cum deponente ei experiri licet, *l.* 5. *ff. depoſ.* Sed quid ſi depoſitarius impenſas in rem depoſitam fecerit, poteritne ob hanc cauſam depoſitum retinere, donec refundantur, & ſiquidem utiles tantum fecerit impenſas, vix id admiſerim; cum ad officium depoſitarii non pertineat hujuſmodi ſumptus facere: nec puto poſſe eum contrario judicio has impenſas petere, *arg. l. un. §. taceat* 5. *verſ. ſed nec ob impenſas, C. de rei ux. act.* Cæterum ſi neceſſarias fecerit, id eſt, tales, quæ niſi factæ eſſent, res aut interitura fuiſſet, aut deterior futura, propter hujuſmodi impenſas concedendam eſſe depoſitario retractationem rei depoſitæ affirmat Placentinus, Cynus, Bald. Salic. Caſtr. in *l.* 11. *C. depoſ.* quibus aſſentior. Moveor non una ratione. Primo inter omnes conſtat poſſe depoſitarium impenſas neceſſarias petere & conſequi, judicio contrario ſive contraria depoſiti actione. Quicquid autem contrario judicio peti & obtineri poteſt, id etiam per retentionem ſervare poteſt, qui directo

recto judicio convenitur, *l. in rebus* 18. §. *ult. ff. commod. l.* 15. §. 2. *l. si is qui* 59. *ff. de furt.* At constare creditur, *l. ult. C. de commod.* ubi Imperatores negant prætextu debiti restitutionem commodati recusare posse: nam si hoc verum est, multo minus recusari ob eandem causam poterit restitutio depositi, *arg. l.* 11. *C. depos. l. ult. C. de compens.* Sed nos non dicimus rem commodatam aut depositam, prætextu debiti ex diversa causa nati, posse retineri: verbi gratia, si commodator, aut qui deposuit, decem ex causa mutui debeat commodatario aut depositario, posse eos obtentu hujus debiti restitutionem corporis commodati aut depositi recusare, quod vetant Imperatores in *d. l. ult. C. commod.* quippe quo casu nec locus est contrario commodati aut depositi judicio: & generaliter tenendum est, non posse creditorem, cui sine pignore pecunia debetur, rem debitoris pro eo, quod sibi debetur, retinere, *l. un. C. etiam ob chirogr. pec.* Donell. *in d. l. ult. n.* 3. *& seqq.* Cujac. *in not. ad* §. *in bonæ* 30. *Inst. de act.* qui tamen alibi pro *commodati in d. l. ult.* vult reponi *commodati lib.* 9. *obs.* 37. quanquam perperam, quod nunc omitto, *vide* Gilbert. *Reg. lib.* 1. *opin. c.* 14. Sed hoc dicimus, posse commodatarium, aut depositarium id quod contrario judicio consequi possunt, (possunt autem eo judicio consequi quod occasione ejusdem contractus iis abest; & vel maxime impensas necessarias) etiam posse per retentionem rei, quasi quæ pignoris loco sit, servare, *l.* 15. *in fin. ff. de furt. l. si quis rem* 20. & ibi Gothofred. *ff. de acq poss.* Deinde cessat hic plane ratio, ob quam Justinianus compensationem & retentionem in causa depositi prohibet, scilicet suspicio & præsumptio perfidiæ; quæ nulla esse potest, ubi necessariæ impensæ factæ sunt. Quid quod tacite id actum videri debet, ut depositarius has impensas faciat, cum sine iis futurum sit ut res pereat? Denique, impensæ necessariæ quodammodo partem rei constituunt, & tantum de re, in quam fiunt, detrahere videntur, quantum in eam impensum est, ut proinde & jus aliquod in re tribuant facienti, *arg. l. plane* 38. *ff. de hæred. petit. l.* 5. *ff. de impens. in rem dotal. fact.* Quamobrem non obstant constitutiones Justiniani in *d. l.* 11. *C. depos. & l. ult. C. de compens.* quibus depositarius non solum jubetur confestim reddere depositum, sed etiam ut reddat sine ulla exceptione aut defensione, quæ ad compensationem vel retentionem spectet. Nam textus isti accipiendi sunt de compensatione vel retentione, quæ fit ex diversa causa, & ad illos casus pertinent, in quibus depositarius jus in re non est adeptus, quod consequitur per impensas necessarias, quo casu quasi pignoris loco res esse incipit, *l. creditoris* 15. §. 2. *ff. de furt.* Dissent. Donell. *in d. l.* 11. *num.* 9. *C. depos.*

CAPUT LII.

An præter dolum etiam culpam, & quam culpam præstet procurator, seu mandatarius?

QUi negotia aliena mandatu domini gratis gerenda suscepit, is in jure nostro & apud bonos auctores procurator appellatur; sive negotia illa sint forensia & judicialia, sive quævis alia extrajudicialia, *tit. ff. & C. de procur. & mand. vel cont.* Interpretes vulgo etiam mandatarium vocant, præsertim eum, qui negotia administrat extrajudicialia: procuratoris autem nomine eum fere intelligunt cui commissæ lites & negotia forensia. Cujus rei causam esse puto, quod jam à multis annis procuratores appellari cœperint ii soli, qui mandatum ad agendum & lites exercendas habent. Cæterum nomen mandatarii non memini me vel apud nostros vel apud alios auctores legisse. Non ideo tamen abstinebo eo nomine, sed utroque utar promiscue, ne nimia verborum curiositas mihi objiciatur. Neque vero etiam omnem qui mandatum suscepit, velim procuratorem appellare, verbi causa non eum qui mandatu meo pro me fidejussit. Jam ut ad rem propositam veniam, quæri solet circa obligationem procuratoris sive mandatarii de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat?

De dolo & lata culpa non dubitatur. Nullus enim contractus est, qui dolum malum non recipiat, sive in quo non præstetur dolus, *lib.* 5. §. 2. *ff. commod. l. contractus* 23. *ff. de reg. jur.* & sicut dolus in omnibus contractibus præstatur, ita placet & latam culpam in omni contractu præstari, quia dolo & fraudi proxima est, & juris interpretatione dolum repræsentat, *l. si fidejussor.* 29. *ff. mandat. l. quod Nerva* 32. *ff. depos. l.* 7. §. 1. *ff. de suspect. tut. l.* 1. §. *is quoque* 5. *ff. de oblig. & act.* cum similibus. Unde est, quod quotiescunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiamsi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolus notetur particulis taxativis, *solum, tantum, dumtaxat*, ut in *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. §. *ult. ff. depos. & d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* ubi depositum & precarium dicitur dolum dumtaxat recipere: non ideo tamen lata culpa excluditur, *dict. l. quod Nerva*

va 32. *ff. depos. l.* 1. *C. eod. l.* 8. §. 3. *ff. de precar.* Omnis igitur controversia hic est de culpa levi, & maxime de culpa levissima, quæ passim in jure nostro per oppositum indicatur, nempe verbo diligentiæ, quo summa significatur & exactissima, *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. §. *sæpe* 35. *ff. de posit. d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* Dixeris præter præstationem doli & culpæ latæ sive dolo proximæ nihil à procuratore exigendum videri, secundum primam definitionem Ulpiani, *d. l.* 5. §. 5. *commod.* esse enim procuratorem similem depositario, seu ei qui rem gratis custodiendam accepit: utrumque esse enim beneficii debitorem, & contemplatione alterius, illum rem gerendam, hunc custodiendam suscipere: & quod deponenti imputari potest, quod negligenti amico rem custodiendam tradidit, *l.* 1. §. *is quoque* 5. *ff. de oblig. & act.* idem imputari posse & mandatori, quod negligenti amico rem gerendam commisit. At depositarium præter dolum & culpam latiorem nihil præstare. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos locos, quibus expresse traditum est, mandatarium, non tantum de dolo, sed etiam culpæ nomine teneri, *l.* 8. §. *ult. ff. mand. l.* 11. *Cod. eod. d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* & apud Licin. Rufinum in *collat. leg. Mosaic. & Roman. tit. de depos.* hæc verba Modestini referuntur: *In mandati judicio dolus & culpa præstatur.* Certum autem est, verbo culpæ absolute posito aut dolo opposito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire: sic enim diserte scriptum est in *l. à procuratore* 13. *C. mand.* à procuratore dolum & omnem culpam præstandam esse, solum casum improvisum non præstandum. Ac ne quis putet, hoc pertinere dumtaxat ad procuratores forenses, non ad alios aut quemvis mandatarium; utique ad quemvis mandatarium & omnem procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re mandata, C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in ea pro Roscio Amerino, ubi de judicio mandati disserens, ait in minimis etiam rebus teneri, qui res mandatas non modo malitiosius, verum etiam negligentius gesserit. Atque hæc causa est, cur Ulpianus in *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod.* ad declarandam primam regulam exemplo depositi, non etiam mandati utatur: & facit huc etiam, *l. si mater.* 24. *C. de usur.* Cur ergo in mandato recedimus à regula, quam in deposito servari placet. Nimirum ideo, quoniam cum in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere, & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur? quod non convenit deposito: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide dumtaxat opus est. Ex quo jam intelligimus, mandatarium non esse comparandum cum quovis depositario: sed cum eo depositario solum recte comparari mandatarium, qui ultro se deposito obtulit, quem placet omnem culpam præstare, & summam rei custodiendæ adhibere diligentiam, non alia de causa quam quod ultro se deposito offerendo de diligentia sua & solerti custodia promittere videatur, *l.* 1. §. *sæpe* 35. *ff. depos.*

Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati qua modo mandantis, modo mandatarii seu procuratoris, modo utriusque utilitatem respicit; propterea quod hæc distinctio in commodato probata est, *l.* 5. §. 2. *vers. commodatum autem junct.* §. *interdum* 10. *l. in rebus* 18. *in fin. pr. commod.* Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius procuratoris gratia intervenerit, dolus dumtaxat & culpa lata præstabitur: ubi utriusque gratia, etiam culpa levis: ubi solius mandatarii, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum cadere non potest; neque quicquam mandato cum commodato hic commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit, §. *tua tantum* 6. *Instit. de mandat.* mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium quod gerendum suscepit, ad alium pertinet, *d.* §. 6. & *l.* 2. §. *ult. ff. eod.* ut proinde de obligatione mandatarii circa prædictas præstationes quæritur, mandatarius tantum considerari debeat, ut rem alienam gerens: quomodo etiam consideratur in *l. in re mandata* 21. *C. eod.* Plane in iis, quæ negotium commissum consequuntur, bonam fidem præstare, culpaque & fraude carere sufficit: uti & cum non administratio commissa, sed negotium mandatum quod industriam non requirit, veluti fidejussio per *l.* 8. §. *ult. l.* 10. *pr. l. si fidejussor.* 29. §. *quædam tamen* 4. *ff. eod.*

CAPUT LIII.

An pactum de inaequalibus lucri & damni partibus inter socios valeat: ubi aequalis est operae & pecuniae collatio?

IN coëunda societate facile admissa est hæc conventio, ut ad unum duæ partes & damni & lucri pertineant, ad alterum tertia, idque propter analogiam inæqualitatis partium, tam in damno, quam in lucro, §. 1. *Instit. de societ.* Imo vix inæqualitatem habere videtur talis conventio: quoniam incertum est, lucrum, an dandum ex communi negotiatione proventurum sit, neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt. Illud vero difficulter admissum est, ut partes lucri & damni dispariliter constituerentur, veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum, alter duas damni; tertiam lucri ferret. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed à Servio Sulpitio admissa est: cujus sententia prævaluit, teste Justiniano §. 2. *Inst. de soc.* Cæterum Sulpitius non tam improbasse videtur sententiam Mucii, quam temperasse: & nimirum, quod Mucius simpliciter dicebat, iniquam esse hanc pactionem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ, quod etiam forte solum consideravit Mucius: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert: imo justum esse hunc meliore conditione in societatem admitti, *d.* §. 2. *Inst. de societ.* Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est, cum inæqualis est collatio & is quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ & industriæ: quam distinctionem & Ulpianum probare evidenter arguit responsum ejus in *l. si non fuerint* 29. *ff. pro soc.* Atque ita olim contra Joannem Azo disputavit, cujus sententiam Interpretes comm. ad *d.* §. 2. & *ad d. l.* 29. secuti sunt. Donell. *ad l.* 1. *C. pro soc. n.* 23. Gomes. 2. *var. resol.* 5. *n.* 5. Mantic. *lib.* 6. *de tac. & ambig. conv. tit.* 4. *n.* 9. & *seqq.* Christin. *vol.* 3. *decis.* 51.

Sed ut verum fatear, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio aliquid operetur præter naturam ordinariam contractus, *l. contractus* 23. *ff. de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte Azonis sententiæ refragatur, quod generaliter definit Justinianus in §. 1. *Instit. de societ.* si partes expressæ fuerint, has servari debere: hoc enim & de partibus inæqualibus in collatione inæquali: & de partibus inæqualibus in collatione æquali accipiendum esse argumento est, quod in collatione inæquali, etiam si de partibus nihil convenerit, partes inæquales tacite constitutæ intelligantur, nempe pro rata ejus, quod quisque contulit, per *l.* 6. *l. Mucius* 30. *l. quid enim, ff. pro societ.* secundum quod Aristoteles *lib.* 8. *Etich. ad Nicomach. in fin.* ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ, inquit πλεῖον λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλεῖον. Etsi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas: non video tamen cur non possit expressa conventione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua consistit societatis substantia. Et quamvis in totum donationis causa societas non recte contrahatur, *l.* 5. §. 2. *ff. eod.* dubitandum tamen non est quin non minus ex parte donationis causa contrahi possit, quam emptio, venditio, *l. si quis* 38. *de contr. empt.* quod & Mantica *ubi supr. n.* 19. videtur admittere. Quapropter existimandum potius est Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati prosit, quam alterius: de quo tamen in singulis personis inquirendum non sit, cum ad æquitatem pacti quod contra Mucium admittit, defendendum, sufficiat id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliam fuisse mentem Ulpiani, eumve nimiam duntaxat improbasse inæqualitatem in *d. l. si non fuerint* 29. *ff. pro soc.* Ut ut vero sit, usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angelum Porcium & alios testatur Wesembecius ad §. 2. *Inst. de soc.* & *in parat. ff. eod. numero* 7. *add.* Menoch. 2. *arb. jud. quæst. cas.* 125.

CAPUT LIV.

An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo sit?

ETiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, *l.* 1. *C. pro soc.* & ita quidem, ut Justinianus ait in §. 2. *Inst. eod.* ut lucrum inter eos commune sit: quoniam sæpe opera alicujus tanti est, quanti pecunia, juxta illud Pauli in *Asin.*

Par

Par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia.

Quod autem de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & similibus intelligi debet, *l. si non fuerint 29. §. 2. ff. eod.* Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur, & negotio exerceatur? alter operam dumtaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat, vendat, ut sic deinde lucrum commune sit. In quo genere societatis quæsitum est, an etiam sors seu pecunia quam alter contulit, communis fiat, & finita societate cum altero, qui solam operam præstitit, sit dividenda? an vero is qui contulit, eam percipere debeat, & id solum, quod superest, inter socios dividi? Et Cynus, Baldus, Castrens. Sichard. Donell. *& comm. DD. in l. 1. C. pro soc.* Fachin. *lib. 2. controv. c. 94.* Perez *ad tit. C. pro soc. n. 8. & seq.* Gail. *lib. 2. obs. 24. n. 6.* Tulden. *ad Inst. de societ. c. 3.* respondent pecuniam hanc minimè communicari, ideoque totam ad eum redire debere, qui eam contulit, & solius lucri, quod factum est inter socios divisionem fieri. Rationem hanc afferunt, quod in proposita specie non ea videatur esse mens societatem coëuntium, ut pecuniæ collatæ proprietas communicetur, sed ut usus operæ cum usu pecuniæ compensetur, & lucrum ex utroque percipiendum commune sit: sufficere enim debere socio operanti, quod lucrum capit ex negotiatione, quod lucrum facturus non esset sine pecunia socii. Et quod alias summa inter socios exurgeret inæqualitas, eo quod is qui pecuniam contulit, si forte finita societate præter sortem nihil superfit, duplici incommodo afficeretur, scilicet, quod & dimidium sortis collatæ amitteret, & nullum ex pecunia sua fructum, quem alias consequi potuisset, perciperet. Porro pro firmamento hujus sententiæ, afferuntur duo loci. Primus est Ulpiani in *l. cum duobus 2. §. 2. vers. si in coëunda, ff. pro socio.* Ubi cum unus è sociis pecus suum alteri pascendum, vel agrum colendum dedisset in commune quærendis fructibus, pecus vel ager non communicatur, sed ejus manet, cujus antea fuerat: ex eo enim quod in *fin. d. §. 2.* subjicitur, socium quoque culpam præstare debere, si rei communi nocuit recte colligitur, prius actum fuisse de re non communi. Alter locus est Justiniani in *§. 2. Inst. de societ.* ubi ait ita posse coiri societatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Ecce hic pecunia collata non fit communis, sed lucrum tantum, quod ex negotiatione secuta factum est, communicatur, neque huic sententia, quod simpliciter scriptum est in *l. 1. C. pro socio*, uno pecuniam, altero operam conferente societatem posse contrahi: nam & pecuniæ collatio & operæ, cum ea comparatio ad usum dumtaxat pecuniæ, & utilitatem quæ non modo ex pecunia, sed etiam ex opera & industria percipi potest, referenda sunt. Perez. Donell. *ubi supr.*

Ex hac autem quæstione nata est & altera: utrum in hujusmodi specie societatis damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. Et superiori sententiæ omnino consequens est, damnum hoc ad eum ex sociis pertinere tantum, qui pecuniam contulit. Nam si pecunia collata non fiat communis, sed dominum ejus apud conferentem maneat, juxta sententiam superiorem, etiam periculum amissionis pecuniæ ad eum solum pertinebit: cum utique res pereat suo domino, *l. pignus 9. C. de pign. act.* & qui operas confert, non intelligatur se obligare voluisse ad damnum sortis, cum sufficiat, eum damnum sustinere operarum: cumque sortis nullum sentiat commodum, nec incommodum sentire debeat. Ad hæc, si dicamus damnum debere esse commune, magna induceretur inæqualitas: quippe qui operam confert, duplici afficeretur incommodo, quod & operam amitteret, & præterea sentiret partem damni in pecunia amissa: alter vero non totam sortem amitteret, sed partem solummodo. Quibus & hoc accedit, quod, posito damnum commune esse, is qui pecuniam confert, nullum periculum subiret sortis in totum amittendæ quod genus societatis prope abesse creditur à fœnore & usuraria pravitate, per *C. plerique 14. quæst. 3.* Panorm. *in C. per vestras, de donat. int. vir.* Ita post Accurs. Cyn. Bald. Angel. Castrens. Fachinæus *lib. 2. controvers. cap. 95.*

Cæterum, etsi hæc magnam veri speciem habent, non tamen ita simpliciter ad superiores quæstiones respondendum videtur: in omnibus enim negotiis primum inspiciendum est, quid actum sit, *l. semper 34. ff. de reg. jur. l. 3. ff. de reb. cred.* Et siquidem nominatim in coëunda societate cautum fuerit, ut lucri tantum, quod ex quæstu pecuniæ & operæ mutuo collatæ descenderet, communio esset, certum est pecuniæ ab uno collatæ non induci communionem, ut in specie, *l. cum duobus 52. §. 2. vers. si in coëunda, ff. pro socio*, sicut ex contrario nemo dubitat: quin si expresse convenerit, ut pecunia communicaretur, ea communis quoque fiat. Quod si de eo dubitetur, inspiciendum erit, quid tacite & verisimiliter actum vi-

videatur. Non uno enim modo pecuniæ & operæ collatio fit, sed duplici. Nam aut comparatur opera cum solo pecuniæ collatæ usu: quo casu verum est sortem domino perire; & si salva est, domino salvam esse: aut opera confertur cum ipso domino pecuniæ: quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In prima specie comparatur cum opera non sors, sed periculum amittendæ sortis, & lucrum quod probabiliter ex ea sperari poterat. In altera operæ pretium habendum quasi sorti adjectum, & pro eo quod valet, in ipsa sorte partem habere debet qui operam præstat. Atque hinc jam ad superiores quæstiones quid respondendum sit, facile intelligitur. Fingamus itaque unius operam atque industriam tantundem valere, quantum alterius pecunia, ut non usui tantum pecuniæ collatæ respondeat, sed etiam dominio: nullaque alia conventione interposita casu factum, ut finita societate, præter sortem ab uno collatam, nihil supersit: dico hic eum, qui operam æquivalentem sorti impendit & perdidit, in partem sortis admitti debere, quasi id tacite actum sit: ne alioqui unus è duobus, qui paria contulerunt, totum quod contulit amittat ? alter salvum habeat, & spe lucri tantum frustretur, Fac. *l. si id quod* 58. *pr.* & §. 1. *l. cum duobus* 52. §. *quidam sagariam* 4. *ff. pro soc.* & ita cape Glossam in *l.* 1. *C. eod. tit.* quam Bartolus commendat, licèt plerique improbent. At ex contrario, si opera unius tantum respondeat usui pecuniæ ab altero collatæ, id actum videri debet, ut dominium pecuniæ collatæ in solidum apud conferentem maneat, & lucri solius, quod ex usu pecuniæ unius & industria atque opera alterius speratur communio fit: ac proinde hoc casu etiam damnum pecuniæ amissæ totum ad conferentem pertinet, per ea quæ supra. Priore autem casu, cùm pecunia communis fiat, & pretium operæ quasi sortem augeat, periculum hoc utrumque spectare videtur, & utrique partem perire tum pecuniæ tum operæ. Ita post Petrum à Perusio qui Judicis prudentiam hic desiderat, Covar. *lib.* 2. *variarum resolut. cap.* 1. *num.* 2. quem laudat & sequitur Grotius *lib.* 2. *de jur. bell.* & *pac. c.* 12. *n.* 24.

CAPUT LV.

An in emptorem hæreditatis transeat jus accrescendi?

NOn tantùm corporis emptio est, sed etiam juris, puta hæreditatis, actionis seu nominis debitoris, *tit. ff.* & *C. de hæred. vel act. vend.* Et emptori juris etiam ante cessionem datur utilis actio in rem, si hæreditas vel actio vendita sit, *l. si cum emptore* 16. *ff. de pact. l. ult. C. de hæred. vel act. vend.* quamvis emptori corporis ante traditionem nulla sit in rem actio. Et licet venditor corporis teneatur de evictione, venditor tamen hæreditatis aut nominis evictionem non præstat: sed satis est, si præstet hæreditatem esse; nomen esse quale quale, *l.* 4. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. de hæred. vend. l. si plus* 74. §. *ult. ff. de evict.* Cui consequens est, nec remedio *l.* 2. *C. de resc. vend.* in venditione hæreditatis aut nominis esse locum. Cum autem emptor hæreditatis vicem hæredis obtineat, eique restituendum sit, non solum quod jam ad hæredem ex ea hæreditate pervenit, sed & quod quandoque pervenerit, *l.* 2. §. *non tantum* 4. & §. *cum quis* 18. *ff. de hæred. vend.* quæsitum est, an in emptorem hæreditatis etiam transeat jus accrescendi. Ponamus L. Titium hæredem scriptum esse ex triente, aut hæreditatem legitimam pro triente L. Titio delatam, eumque hanc suam hæreditatis partem vendidisse Gajo, Sejo. Quæritur si cohæredes L. Titii portionem suam repudiaverint aut alias defecerint, portio defecta ad L. Titium jure accrescendi pertineat, an ad Gajum, Sejum, emptorem hæreditatis L. Titio pro parte tertia delatæ, & ab eo venditæ. Duplex autem hic quæstio moveri potest, quæ tanquam una confusim à plerisque tractatur, an ipso jure & recta deficientium portiones accrescant emptori; si minus, an non saltem venditor quod sibi accrevit emptori præstare teneatur actione ex empto. Quantum attinet ad quæstionem priorem, plane negandum est emptori quicquam directò accrescere. Quippe juri accrescendi tantum locus est inter cohæredes, seu hæredes ejusdem hæreditatis, ut constat ex omnibus locis, qui de hoc jure loquuntur: at emptor hæreditatis neque à testatore, neque à lege ad partem aliquam hæreditatis vocatur, neque fit hæres; sed venditor hæres manet, *l. ei qui* 88. *in fin. ff. de hæred. Instit.* Et quod notandum est, ut soli ei, qui ex parte aliqua hæres extitit sive ex testamento, sive lege ab intestato, deficientium portiones accrescunt, ita & invito accrescunt & ignoranti, & denique semper cum onere suo, æris videlicet alieni & legatorum: quod onus vendendo vitari non potest, *l. hæredi* 51. *l. ex duobus* 53. §. 1. *ff. de acquir. hæred. l.* 9. *ff. de suis* & *leg. hæred. l. un.* §. *his ita definitis* 10. *C. de cad. toll.* Nec verò putandum est emptorem hæreditatis similem esse ei, cui ex Trebelliano senatusconsulto pars hæreditatis restituta est: hic enim ex voluntate testatoris venit, emptor non item. Quid quod nec in fidei-

deicommissarium Trebellianum, quamvis juris successor sit; jus accrescendi transit. Nam si hæres rogatus semissem, ex quo institutus est, restituere, portionem suam sponte adiit & restituit, deficientis postea cohæredis portio non fideicommissario, sed hæredi fiduciario accrescet, ut recte Cujac. *lib. 12. obs. 12. & 13.* Anton. Fab. *dec. 50. err. 4.* censent. Etsi enim fideicommissarius Trebellianus juris successor dicitur & hæredis loco esset respectu testatoris, propterea quod ad exemplum hæredis succedit in omnia jura defuncti, & quæ à defuncto in hæredem sunt translata, non tamen succedit in jus omne ipsius hæredis, non in id jus, quod beneficio legis potius, quam ex voluntate defuncti hæres habet, quale est jus accrescendi, quippe quod habiturus esset etiam testatore invito: alias fideicommissarius non loco hæredis, sed hæres hæredis esset. Non offendor *l. Papin. 43. ff. ad Senat. Trebell.* quia loquitur de eo qui compulsus adiit, non qui ultro & sua sponte. Nec tamen dicit portionem deficientis acrescere fideicommissario, sed hæredi: at non manere apud hæredem. Constat autem eum qui coactus adiit, & quantum in se fuit irritam fecit voluntatem defuncti, perinde habendum ac si irritam fecisset eique lucrum omne auferri, quod vel habuerit vel potuerit non tantum ex testamento, sed etiam occasione testamenti, haud secus ac si hæreditatem non adiisset, *l. ita tamen 27. §. 2. & §. se præceptis 14. ff. ad senat. Trebell.* Et licet post restitutionem nihilominus hæres ipso jure maneat homo, tamen quia periculo & commodo alieno adiit & id egit, ne hæres esset, *l. 4. ff. eod. tit.* in iis, quæ ad ipsius commodum spectant, pro non hærede habetur, ut proinde commodi nihil apud eum remaneat, quod laturus non fuisset si hæreditatem non adiisset. Quod si hic hæres ex parte scriptus sponte, non coactus hæreditatem amplexus esset, haud dubiè aliud Papinianus & Ulpianus in *dict. l. 43. ad senat. Trebell.* respondissent, nempe portionem deficientem non modo accrescere hæredi, sed etiam apud eum manere, cum nihil obstet quominus maneat. Et est hæres, qui compulsus adiit, respectu emolumenti non absimilis ei cui tanquam indigno eripitur hæreditas eo quod tacitè cavit se hæreditatem restituturum incapaci, qui plane commodum omne, quod alias ex testamento aut occasione testamenti consecuturus fuisset, amittit, & consequenter etiam jus accrescendi, *l. si totam 83. ff. de acquir. hæredit.* Ut autem ad emptorem hæreditatis revertamur, unum est quod maximè pro eo urgent alii, nempe responsum Papiniani in *l. si Titio 33. §. 1. in fin. ff. de usufruct.* ubi Papinianus Juliani sententiam refert & probat, dicentis, portionem fundi, velut alluvionem portioni, personæ fructum accrescere: unde dicendum videtur deficientium hæredum portiones non hæredi, qui suam portionem vendidit, sed emptori, qui eam habet, accrescere debere. Respondeo non simpliciter Papinianum aut Julianum jus accrescendi attribuere portioni, quasi portioni competat, eamque sequatur, apud quemcunque eâ sit, sed personæ ejus, sive hæredis, sive legatarii, qui portionem suam agnovit & obtinuit ex voluntate testatoris ad differentiam scilicet ejus, cui conjunctim cum alio ususfructus ejusdem rei legatus est, qui etiam jus accrescendi habet, quamvis partem suam non agnoverit, *l. 1. §. 3. ff. de usufruct. accresc.* Nulla autem ratio dari potest, cur magis hæres vendita portione hæreditatis sibi acquisitæ jus accrescendi amittat, quam unus è legatariis ejusdem rei vendita parte sua. Sunt, qui respondent hæredem hoc ipso, quod pretium consecutus est, videri adhuc portionem ipsam habere, pretiumque in locum rei succedere, & portionem debitam repræsentare, per *l. 4. ff. si quis omiss. ca. test. l. si ususfructus 35. §. 1. ff. de usufruct.* Sed quia hæc responsio non tollit totam difficultatem, (quid enim, si hæres partem suam alteri non vendiderit, sed donaverit, an quia pretium non habet, ideo donatario potius quam ipsi jus accrescendi tribuendum erit?) malim dicere cum Ant. Fabr. *dec. 50. err. 5.* Bachov. *ad Treutl. disput. de empt. & vend.* illud ipsum jus, quod etiam vendita hæreditate penes hæredem manet, loco portionis fungi nisi & hoc ipsum vitietur, & hæres ex causa privetur omni commodo, quod alias beneficio legis aut ultimæ voluntatis consecuturus fuisset: quod contingit tum ei qui coactus alieno periculo adit, *l. 4. ff. ad senat. Trebell.* tum cui, ut indigno, hæreditas aufertur. Atque hæc vera & adæquata ratio est, cur in specie *l. si totam 83. ff. de acquir. hæred.* hæredi, qui clam fidem suam accommodavit, ut incapaci hæreditatem restitueret, nihil debeat accrescere, id est, ita accrescere, ut apud eum maneat: quoniam & illud quod accrevit, ei tanquam ministro fraudandæ legis aufertur, & fisco vindicatur, *l. 1. l. 3. §. imperator 43. ff. de jur. fisc. l. 1. C. de delator.* Illa autem ratio quam Ulpianus in *d. l. si totam*, affert, *quia rem non videtur habere*, minus accurata est, nec ad omnes pertinet casus, non ad casum hæreditatis venditæ, aut restitutæ capaci ab eo, qui sponte adiit. Nec vero semper & ubique veteres exactis rationibus, & quæ ad casus omnes, etiam de quibus

bus forte non cogitarunt, accommodari possint, utuntur. Et alioqui sequeretur necessario neque eum hæredem, cujus portio legatis exhausta est, integra legata solventem, ut pleniore officio fidei fungatur, jus accrescendi habere: quod tamen nemo, ut opinor, dixerit.

At hoc jam posito, portione deficientium hæredum non emptori hæreditatis, sed hæredi, qui suam portionem agnovit & vendidit, accrescere, amplius adhuc quæri potest, an non saltem hæres idemque venditor, quod ei postea accrevit, emptori actione ex empto teneatur restituere. Hæc enim inter se non pugnant, non accrescere emptori, & nihilominus quod venditori accrevit, emptorem ex contractu posse petere: si enim licet actiones directæ penes venditorem maneant, quicquid tamen exegit venditor, id emptori debet restituere. Et cum quasi per aversionem jus omne quod hæres habet, venditum videatur, quo commoda & incommoda omnia continentur, non omnino fine ratione colligat aliquis etiam jus accrescendi ea venditione comprehensum. Denique cum emptor periculum sustineat nominum hæreditariorum, non iniquè vicissim sibi asserere videtur lucrum accretionis. Cæterum licet hæc, nec sine specie, disputari possint, ego tamen ne illud quidem emptori hæreditatis concedendum puto, ut commodum quod occasione juris accrescendi ad hæredem postea pervenit, ei extorquere possit. Etenim cardo totius hujus quæstionis in eo potissimum vertitur? an hoc inter contrahentes actum intelligi debeat, ut etiam commodum hoc accretionis ad emptorem transiret, utique enim si hoc actum non sit, non transibit, cum actus agentium non extendatur ultra eorum intentionem, *l. non omnis 19. ff. de reb. cred. l. semper 34. ff. de regul. jur.* Jam vero non est credibile de eo cogitatum aut inter contrahentes actum esse, quod au ad venditorem perventurum aliquando esset, & venditor & emptor ignorabant: sed non nisi pars jam actu quæsita vendita censeri debet, nec alia, quam illa ipsa & sola, ex qua hæres institutus venditor fuit, & quam aditione acquisivit: id, inquam, solum, quod tempore venditionis jam hæredi competebat, ut & diserte responsum est in *l. 2. §. 1. ff. de hær. vend.* Et quæso, cum pretium rei venditæ æqua proportione constitui soleat, *l. pretia rerum 63. ff. ad leg. Falcid.* an non absurdum & iniquum videri debet, si hæres sextante aut quadrante, ex quo institutus est, vendito, idque pretio valori rei ἀναλόγῳ sive proportioni respondenti, cogeretur partem longe majorem, & forte triplo aut quadruplo accrescentem, postea ad emptorem transferre? Illa autem quæ passim in *d. l. 2. ff. de hæred. vel act. vend.* occurrunt, quod venditum intelligatur jus omne hæredis; quod ad emptorem transeat, quantum penes venditorem est, vel quandoque ad eum perventurum est; quod emptor vicem hæredis obtinet: accipienda sunt de parte ipsa vendita, de qua sola inter contrahentes actum est. Hæc in effectu & Jasonis & Ripæ in *l. re conjunct. 89. ff. de legat. 3.* & Salic. *in l. un. C. quand. non pet. part.* & Gomes. *1. var. resol. c. 10. n. 44.* & Fachin. *5. contr. c. ult.* sententia est, Diss. Bart. *in d. l. re conjuncti,* Duar. *lib. 2. de jure accresc. c. 5.* & Papillon. *in tract. de jure accresc.*

CAPUT LVI.

An beneficium l. 2. C. de resc. vend. *competat venditori non ignoranti valorem rei venditæ?*

QUamvis in pretio rei venditæ naturaliter liceat contrahentibus se invicem circumvenire, dummodo absit dolus malus, *l. in causa 16. §. idem Pomponius 4. ff. de minorib. l. item si pretio 22. §. ult. ff. locat.* est tamen hujus regulæ exceptio in *l. 2. C. de resc. ven.* ubi ea sic restringitur, ut non procedat, si læsio excedat dimidium justi pretii, tunc enim placet rescindi venditionem, etiamsi nullus dolus intervenerit: quippe cum non ex quantitate pretii, sed ex qualitate facti dolus æstimetur, *l. dolus emptoris 8. C. eod. tit.* Igitur si quis v. c. fundum vendiderit centum aureis, qui tempore contractus communi æstimatione valebat ducentos & viginti aureos, is oblata pretii quod acceperit, restitutione petere potest; ut venditio rescindatur, & res vendita sibi restituatur: aut si malit emptor rem retinere, ut suppleat quod justo pretio deest, *d. l. 2. C. de resc. vend.* Quæsitum vero est, an id beneficium etiam ei dandum sit, qui valorem rei suæ scivit. In qua quæstione assentior Bartolo, Baldo, Saliceto, Castrensi, *in d. l. 2.* Menoch. *consil. 562.* Diod. Tuldeno *ad C. tit. de resc. vend. n. 4.* negantibus dandum esse, contra Albericum de Rosate *in d. l. 2. num. 12.* Pinellum *p. 1. c. 1. num. 10.* Fachin. *2. contr. c. 20.* Rationes hujusce assertionis nostræ hæ sunt. Quia nemo lædi aut injuria affici intelligitur, qui scit & consentit, *l. nemo 145. ff. de reg. jur. l. venditor 11. C. de resc. vend. l. si minor 9. C. de act. empt.* 2. Quia videtur donationis causa minoris vendidisse, nam ubi errore interveniente daretur repetitio, ibi quod consulto & à sciente fit, donari intelligitur, *l. cujus per errorem 53. ff. de reg. jur. junct. l. si quis 38. ff. de contr. empt.*

l.

l. cum donationis 34. *C. de transact.* 3. quia qui scit & vult, similis est ei, qui jus & actiones suas remittit, *l.* 1. *in fin. de action. empt.* Postremo à parte hujus sententiæ stat textus rotundus in *l.* 1. *C. si major fact. alien. fact. sine decr. rat. hab.* ubi expresse ei demum, qui inconsulto errore lapsus est, in hac læsione succurrendum ad consultationem Liciniæ rescribit Imperator Gordianus.

Rationes, quibus in contrarium moventur Pinellus & Fachinæus, hæ fere sunt. 1. Quia Imperatores in *d. l.* 2. *C. de resc. vend.* beneficium hoc venditori supra dimidium veri pretii læso concedentes non distinguunt, sciverit, an ignoraverit pretium rei suæ: at quam distinctionem lex non agnoscit, eam nec non admittere oportere vulgatum est. 2. Quia hac distinctione admissa eluderetur beneficium legis; quippe quod rato admodum locum haberet: quoniam venditor præsumitur nosse vires & merita rei suæ; etiam prædii longe dissiti, *l. quisquis* 15. *C. eod. tit.* 3. Quia beneficium legis non fundatur in dolo vel errore, sed in nimia inæqualitate; quæ utique societatem vitiat, absque discrimine scientiæ vel ignorantiæ, *l. si non fuerint* 29. §. *ult. ff. pro soc.* 4. Quia fieri potest, ut venditor necessitate rei familiaris urgente vel sciens tanto minoris rem vendat. Sed hæ rationes non efficiunt, ut à priori sententia, quæ & communis est, recedendum videatur. Nam primam quod attinet, præterquamquod jam produximus locum, in quo disertis verbis distinctio ista agnoscitur, nempe *l.* 1. *C. si major. fact. alien. fact. sine decr. rat. hab.* etiam ipsa *l.* 2. *C. de resc. vend.* eandem distinctionem non obscure suppeditat, quoniam nemo sciens & volens lædi videtur: quæ regula utique etiam in venditione obtinet, *l. ea quæ commendandi* 43. *ff. de contr. empt.* At humanitati *d. l.* 2. causam dedit iniquitas læsionis. Atque hinc simul removetur & tertia ratio: nam etsi *d. l.* 2. non fundatur in dolo vel errore, fundatur tamen in injuria sive iniquitate, quæ nulla est adversus scientem & consentientem, *l. nemo* 145. *ff. de reg. jur.* Quod vero regerunt, hoc tantum pertinere ad tollendam actionem de dolo, vel injuriarum, id cum locis supra citatis tam manifeste pugnat, ut vel tyro id animadvertere queat: nihil præsidii habent in exemplo, quod afferunt societatis leoninæ, id est, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum aut partem lucri exspectat: nam lucri communio ita naturalis est societati, ut sine ea nequeat societas consistere. Quod si forte putaverint, ne valere quidem conventionem de inæqualibus lucri partibus in sociorum æquali collatione, hallucinati sunt, eumque errorem confutavimus *supra c.* 52. Ac tametsi in societate id placeret propter naturam societatis, quæ æqualitatem desiderat, & jus quodammodo fraternitatis in se habet, *l. verum* 63. *pr. ff. pro soc.* non continuo id trahendum esset ad venditionem aut alios contractus: alioqui ipso jure nulla esset venditio, quando pretium non per omnia proportione responderet rei venditæ nec unquam liceret contrahentibus, quod pluris est, minoris emere; quod minoris, pluris vendere, & ita naturaliter invicem se circum scribere, contra *l. item si* 22. §. *ult. ff. locat. l. in causæ* 16. §. *idem* Pomponius 4. *ff. de minor.* Quod secundo loco allegant, admissa nostra eademque communi sententia futurum, ut rarissimè huic beneficio sit locus, eo quod venditor præsumatur non ignorare pretium suæ, ex *l. quisquis* 15. *C. de resc. vend.* male huc accommodatur: quia ea lex diserte loquitur de venditione paulo viliori pretio facta; neque hoc dicit præsumi scire venditorem, sed debere scire vires & merita rei familiaris: cujus tamen ignorantiæ ignoscitur, si ultra dimidium læsus est. Postremo nec in necessitate venditoris rem suam urgente debito distrahentis contraria opinio fundari potest: id enim repugnat aperto textui in *l. non idcirco* 12. *C. de resc. vend.*

CAPUT LVII.

An locus sit beneficio l. 2. C. de resc. vend. *in transactione.*

Beneficium quod venditori, qui rem minoris dimidia justi pretii vendidit, tribuitur, *l.* 2. *C. de resc. vend.* ex adverso etiam emptori, qui duplo plus dedit, quam accepit, dandum esse, facile admiserim cum interpretibus contra Cujacium *lib.* 19, *obs.* 18. Quin etiam ad alios contractus venditioni similes humanitatem constitutionis transferendam esse, veluti locationem, permutationem, familiæ aut rerum divisionem, si quis duplo plus dederit, quam accepit, aut duplo minus acceperit, quam dedit. Neque enim personæ beneficium est, sed causæ, hoc est, non tribuitur personæ venditoris, sed læsioni: quia læsus, non quia venditor. Quibus autem in causis eadem plane ratio est, in his idem jus statui oportet, estque hæc communis usuque forensi recepta sententia. Anceps autem & necdum communi consensu terminata quæstio est, an legis hujus beneficium ob enormem læsionem producendum sit ad tractationem? puta si quis dicat se duplo minus ex causa transactionis accepisse, quam

ei

ei debebatur; aut quam in petitionem deduxerat: Non una autem ratio me impellit, ut in eorum inclinem sententiam, qui id negandum putant. Primum illud me movet, quod transactio comparata est ad lites finiendas, *l. fratres 12. C. de transact.* sicut & jusjurandum; cui transactio æquiparatur, *l. 1. & l. 2. ff. de jurejur.* Unde consequens est, ut quemadmodum dato jurejurando non aliud quæritur, quam an juratum sit, omissa quæstione, an debeatur *l. 5. §. 2. ff. de jurejur.* ita quoque lite transactione bona fide sopita, nihil amplius quæri debeat, quàm an transactum sit; ne alioqui remedium finiendis litibus comparatum, earundem fiat seminarium; in quam rem & textus est notabilis in *c. 1. ext. de transact.* Nec aliam rationem haberem credo; quod placuit ne principali quidem rescripto litem transactione legitima finitam resuscitari oportere, *l. causas 26. C. de transact.* Sed nec minorem auctoritatem habet transactio, quam res judicata, *l. non minorem 20. C. de transact.* At vero res judicata prætextu læsionis, licet immodicæ non rescinditur, *l. 4. C. de re jud.* Et porro sicut ex causa judicati solutum non repetitur condictione indebiti, *l. 1. C. de cond. ind.* ita nec solutum ex causa transactionis etsi debitum non fuerit, *l. in summa 65. §. 1. ff. de cond. indeb. l. 6. C. de jur. & fact. ign.* quid quod pecunia, quæ transactionis causa datur, non datur tanquam in præteritum debita; sed ob causam futuram, ne aliquid sequatur, *l. nec intentio 23. C. de transf.* quod apprime notandum est. Et magna satis causa justaque est, cur detur, nempe ut à lite discedatur *d. l. in summa, §. 1. de cond. indeb.* Gallorum proverbium est: *Il gagne assez qui se met hors de procez.* Ad hæc nec ob reperta postea instrumenta transactio rescinditur, *l. sub prætextu 19. C. de transact.* At quæ justior causa læsionis, aut quæ gravior læsio? Potest enim instrumentum ostendere jus integrum & liquidum, quod forte accepta decima parte remissum sit. In *l. Lucius Titius 78. §. ult. ff. ad sen. Trebell.* proponitur casus à Scævola quo reperta sunt instrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hæreditate fuisse, quam hæres fiduciarius ex causa fideicommissi restituerat: & tamen negat Scævola, si transactio intervenerit, amplius fideicommissi nomine peti posse. Non potest hic locus intelligi de transactione interposita postquam jam instrumenta reperta essent, quomodo à nonnullis accipitur: alioqui non transactio ea, sed gratuita pactio & liquidi juris remissio esset Ponamus vero postea transactum esse, an ideo minus audiendus, qui causabitur enormem læsionem? Adde quod apud Scævolam non illud quæritur, an rescindenda sit transactio propter instrumenta postea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hæreditate fuisse, quam restitutum erat: sed illud tantum, an in reliquum fideicommissi nomine hæres conveniri queat? Unde intelligimus tanto minus transactionem bona fide interpositam prætextu læsionis rescindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut si transactum sit, in reliquum fideicommissi nomine hæres conveniatur. Etenim transactione rescissa omnia in pristinum statum restituuntur: secus vero est, cum in reliquum dumtaxat actio conceditur.

Unus locus est, qui huic sententiæ objici solet, nempe *l. si superstite 5. C. de dol.* ubi filiæ emancipatæ, quæ cum patre super causa gestæ tutelæ bona fide transegerat, ob immodicam læsionem actio in factum adversus patrem datur. Ego vero non video, qua ratione ex isto loco colligi possit, transactionem bona fide ab utraque parte interpositam solo læsionis prætextu posse rescindi. Ajunt Imperatores, si filia immodicè læsa fuerit ex liberatione, quæ transactionem secuta sit, novatione & acceptilatione solemniter interposita, ei non quidem actionem de dolo propter paternam reverentiam, sed in factum actionem tribuendam esse. Hic igitur locus de alio casu accipi non potest, quam quo immodica illa læsio intervenerit dolo patris, per fraudem liberatione filiæ expressa, & nimirum quo casu si adversus extraneum ageretur, de dolo competeret actio. Dolum legibus vindicari nemo negat: cæterum & illud in confesso est de dolo agi non posse, nisi cum eo, in cujus persona dolus arguitur. Nam cum hæc actio sit in personam simpliciter, non in rem scripta, atque adeo famosa (quam ob causam nec inter extraneos competit, si de ea re alia sit actio, *l. 1. §. pen. & ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiam si alia actio non sit, *l. non debet 11. ff. eod.*) non aliter dari potest, quam si persona designetur, cujus dolo malo factum sit, *l. sed et 15. §. ult. titul. eod.* nunquam alio colore, aut læsionis quantæcumque obtentu. Nam quod enormissima, ut à pragmaticis vocatur, læsio; verbi gratia, quæ ultra bessem sit, dolum re ipsa inducat, paremque cum dolo ex proposito vim habeat, commentum est interpretum in *l. si quis 36. ff. de verb. oblig. vid.* Anton. Faber. *Cod. suo forens. tit. de transact. defin. 3.* Cur igitur constitutio objecta requirit læsionem immodicam? Respondeo, id non debet interpretationem recipere ex *l. 2. C. de resc. vend.* quippe cum dolus non ex quantitate damni, sed ex qualitate facti

ti æstimetur, *l. dolus* 10. *C. eod. tit.* nec unquam esse possit ἀνασκευάζειν. *l.* 1. §. 1. *ff. de dol. mal.* sed ideo adjectum est, quoniam si modica tantum læsio interveniret, non facile adversus patrem actio illa in factum subsidiaria actionis de dolo daretur: quemadmodum nec dari solet ipsa actio de dolo ob modicam summam adversus alium quemlibet, *l. si quis* 9. §. *ult. cum l. seq. ff. de dol. mal.* ut bene Ant. Fab. *dec.* 8. *err.* 10. Schifordig. *lib.* 2. *tract.* 25. ferè per tot. Porro ratio cur actori qui transegit, beneficium hoc concedendum non sit, sita est in dubio litis eventu. Quid enim, forte ei non debebatur, quod petebat. Et dato debitum fuisse quod petebatur, fortasse tamen probare non poterat: aut propter impensas dubium litis eventum noluit exspectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æstimatio? Quæ dubia sunt, ea certam æstimationem non recipere ait Ulpianus in *l. quemadmodum* 29. §. 3. *ff. ad leg. Aquil.* Imo vix est ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æstimatio. Fatemur dubium eventum æstimari posse, *l. propter* 13. *ff. famil. ercisc. l. si factum* 12. *ff. de act. empt. l.* 11. *ff. de hæred. vend.* sed negamus dubii eventus certam posse constitui æstimationem, *d. l. quemadmodum*, §. 3. *l. quod debetur* 51. *ff. de pecul.* ut proinde nec certa læsio dici possit, quæ ex hujusmodi eventus dubii æstimatione inducatur; cum tamen certam esse læsionem oporteat, & quidem inspecto præcise tempore contractus, ut huic remedio sit locus. Atque hanc eandem ob causam recte defenditur nec locum habere idem remedium in venditione hæreditatis aut nominis, cum nec evictio hic præstetur, *l.* 8. §. 1. *ff. de contr. empt. l.* 2. §. 3. *l.* 4. *l.* 11. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. de hær. vend. l. si plus* 74. §. *ult. ff. de evict. l.* 1. *C. eod.* In reo autem transigente prima facie videri potest omnino non esse locum huic quæstioni: quippe cum nemo plus dare soleat, quam ab eo petitur: sed tamen & in reo transigente potest locum habere: nam etsi nemo plus solvit, quám ab eo petitur: attamen dicere potest, se nihil aut duplo minus quàm dedit debuisse, & nihilominus ad vitandam litem, tantam se summam dedisse. Cæterum nec reo hoc casu remedium, *d. l.* 2. *C. de resc. vend.* tribuendum erit. Nam cum eodem casu cesset condictio indebiti, *l. in summa* 65. §. 1. *ff. de cond. indeb. l.* 2. *C. eod. l.* 6. *C. de jur. & fact. ign.* quæ & ipsa ex humanitate, bonoque & æquo introducta est, *l. pen. ff. de cond. indeb.* utique & cessare debet remedium, *d. l.* 2. Non me latet Pinellum ad *d. l.* 2. *p.* 1. *c.* 3. *n.* 5. bonamque cum eo partem interpretum beneficium, *d. l.* 2. porrigere ad quoscunque contractus, etiam stricti juris atque adeo ad ipsam quoque transactionem. Sed profecto beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate concessum, haud temere ad stricti juris judicia producendum est: utique ad transactionem nequaquam, quæ ad liberationem & lites sopiendas comparata est: quamvis id quoque faciat idem Pinellus, *ibid. n.* 10. audaci sane, ut mihi videtur, interpretatione, & multarum litium semina continente, *vid.* Andr. Gail. 2. *obs.* 70. Damhoud. *prax. civ. c.* 200. *n.* 6. *& sequent.* Fachin. 2. *contr.* 26. Diod. Tulden. *ad tit. C. de resc. vend. num.* 5. Anton. Fab. *dec.* 8. *err. pragm.* 10. Don. *in d. l.* 2. *C. de resc. vendit. num.* 22. Perez *ad d. tit. C. num.* 14.

ARNOLDI VINNII, J. C.
SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM
LIBER SECUNDUS.

CAPUT I.

Si conductor casus fortuitos in se susceperit, an id quoque ad casus insolitos pertineat.

CERTUM est casus fortuitos nullo in judicio præstari, ac ne in commodati quidem, *l. 5. §. quod vero 4. ff. commod. l. 1. §. & ille 4. ff. de oblig. & act. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. obl. l. contractus, de reg. jur. l. 6. C. de pign act.* quo postremo loco verba illa, *in nullo bonæ fidei Judicio*, non sunt adjecta ad excludenda judicia stricti juris, *l. si ex legati 23. ff. de verb. oblig. l. 5. ff. de reb. cred.* sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum: nam si in commodato non præstatur casus fortuitus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quamvis contractus sit stricti Juris. Conductor autem ex natura contractus (quippe in quo tam locatoris quam conductoris utilitas vertitur) ne quidem de omni culpa tenetur, sed de levi dumtaxat, *d. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 3. §. 1. ff. naut. caup. stabul. l. in navem 31. in fin. ff. locat.* tantum abest, ut de vi majore & casu teneatur, *l. si merces 25. §. vis major. 6. ff. locat. d. l. contractus, de reg. jur.* Cæterum natura contractus conventione contrahentium mutari potest. Finge convenisse ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantum, nec plus, nec minus, quam placitum est, præstabitur: quamvis aliàs in illo dolus dumtaxat, in hoc etiam omnis culpa præstetur, *l. 5. §. 2. & §. interdum 10. ff. commod. l. 1. §. si convenit 6. ff. de post. l. 1. C. eod. d. l. contractus, de reg. jur.* Sed & si in negotio gerendo conventio interposita sit de casu præstando, scilicet ut debitorem damna fatalia sequantur, rata est conventio: contractus enim legem à conventione accipiunt, excepto si placuerit, ne dolus præstetur, *d. l. contractus, d. l. 1. §. illud, l. 7. §. sæpe 15. depos. l. 6. C. de pig. act.* Quamobrem & si quis ita fundum locaverit, ut si quid casu fortuito sive vi majore accedisset, hoc ei præstaretur, pacto standum est, *l. si quis 9. §. 2. ff. locat.* Est autem casus fortuitus id omne, quod humano captu præviderí non potest, aut cui præviso non potest resisti, *l. in rebus 18. pr. ff. commod. l. ex conducto 15. §. 2. ff. locat. l. 1. §. 4. ff. de oblig. & act. l. 6. C. de pign. act.* Igitur hoc certi juris est, si convenerit, ut conductor etiam casum fortuitum præstet, conventionem valere, damnumque improviso casu contingens conductores sequi. Illud autem adhuc quæritur, an hujusmodi conventio etiam pertineat ad casus insolitos, id est, an conductor in se recipiens casus fortuitos recepisse etiam intelligatur casus insuetos & raro admodum contingentes, Bartolus in *l. 4. §. pen. ff. si quis caut. jud. sist.* & in *l. fistulas 78. §. ult. ff. de cont. empt.* id negat, quem sequitur, Mantica *lib. 5. de tac. & ambig. conv. c. 8.* Gail. 2. *obs. 23. num. 18. & vulgò DD.* nimirum distinguunt illi inter casus fortuitos solitos, sive communiter contingentes, & insolitos seu qui præter consuetudinem

nem eveniunt, ut illorum quidem damnum conductor ex conventione præstare teneatur, horum autem neutiquam, quasi de iis cogitatum non esset. Sed mirum est profecto hanc sententiam cuiquam probari potuisse: cum eventus insolitus vel maxime contineatur appellatione casus fortuiti, & ferè solus etiam secundum ipsius Bartoli definitionem in *d. l. fistulas* 78. §. *ult.* ubi cum dixisset eum, qui in se suscipit casum fortuitum, teneri de casibus communiter contingentibus, mox imprudens sibi contra dicit, dum ait: casus fortuitus intelligitur inopinatus, non ex consuetudine eveniens, cum tamen quæ communiter contingunt, ex consuetudine contingant. Nec fieri aliter potuit. Nam cum Bartolus in *dict. l.* 4. §. *pen. ff. si quis caut. jud. sist.* sententiam suam, nempe conventione de præstando casu fortuito interposita non intelligi casum insolitum, firmasset auctoritate Labeonis in *d. l. fistulas*, §. *ult. ff. de contr. empt.* ubi ad hujus textus explicationem venit, necesse fuit, ut aut incaute sibi contradiceret, aut sententiam suam mutaret, adeo perspicue ibi casui fortuito adscribuntur insolita, & quidem insolita tantum, non etiam quæ secundum consuetudinem eveniunt. Verba Labeonis hæc sunt; *Si frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te si quid vi aut tempestate factum esset, præstaturum, ea frumenta nives corruperunt; si immoderatæ fuerunt & contra consuetudinem tempestates* (ita lego, *non tempestatis*, cum Salmasio, c. 24. *ad jus Attic.*) *agi tecum ex empto poterit.* Locus hic minine obscurus est, sed planus, si ullus alius. Notum est emptione perfecta, id est, simul atque de pretio convenit, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinere, tametsi res emptori nondum tradita sit: venditorem autem ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, præter dolum & culpam nihil præstare, §. 3. *Inst. de empt. & vend. l.* 8. *pr. ff. de per. & commod. rei vend.* & sexcentis similibus locis. Ergo in specie à Labeone proposita, si venditor nominatim casus forte eventuri periculum in se non suscepisset, nullam emptor cum ea actionem habuisset de frumento immoderata nive corrupto. At recepta in se casus fortuiti præstatione, de eo, quod tempestate contigit, ex conventione tenetur, si modo tempestas insolita fuit, & præter morem cœli regionis sæviit: aut ut ipse Labeo ait, si ideo frumenta corrupta, quia tempestates immoderatæ, & contra consuetudinem fuerunt, quasi quod vulgo & ex consuetudine fit, pro casu fortuito non sit habendum. Quam ob causam satis mirari nequeo, quod Bartolus & passim alii firmamentum sententiæ suæ petant ex eo loco, qui eam tam aperte destruit. Cæterum sunt alia loca, quæ Bartoli sententiam probabilem faciunt aut saltem prima specie facere videntur. Primus locus est, *l. Sejo.* 10. §. 1. *ff. de ann. leg.* ubi Papinianus ex facto de hujusmodi specie consultus, *Medico Sempronio quæ viva præstabam, dari volo*, respondet ea videri relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Ad quem locum Bartolus notat, dictum generale ad extraordinaria non referri. Sed nullam similitudinem hæc species habet cum quæstione proposita. Tale enim legatum, *Quæ viva Medico præstabam*, &c. non nisi ad certam quantitatem erogationis annuæ referri potest, quia instar honorarii seu stipendii annui medico id relinquere testatrix voluit: ac proinde nec videri potest testatrix sensisse de iis, quæ ex occasione & quasi fortuita liberalitate semel atque iterum in vita præstiterat: quippe circa quæ legatum non potuit consistere, ut pote incertum, & quod nullo eventu ad certitudinem aliquam redigi posset, quia nimirum quæ extra ordinem & ex occasione καὶ σχεδίως dedit, ea non ἐκπρεπείᾳ aut perpetuæ voluntatis destinatione profecta fuerunt. Secundo, pro eadem sententia affertur textus in *l.* 4. §. *pen. ff. si quis caut. jud. sist.* ubi Jurisconsultus negat valere renuntiationem exceptionum, quæ contra vadimonium desertum excusent, nisi causæ exceptionum specialiter fuerint expressæ. Respondeo, & illud dissimile est. Nam qui casum fortuitum in se recipit, ipsa nominis vi admonente cogitat etiam de insolitis, saltem in genere. At vero, qui exceptioni omni renuntiat, non censetur cogitasse de iis causis, quæ de novo forte emersuræ sunt, sed tantum de iis, quæ tunc cognitæ erant: & quia verba renuntiationis non respiciunt ad id de quo cogitatum non fuit: nec eo trahi debent; cum è converso casus fortuitus vel maxime pertineat ad inopinata, ut bene & docte Tulden. *ad Cod. tit. de locat. n.* 11.

Cætera, quæ proferunt minorem etiam speciem habent: quale est illud quod in *l.* 6. *C. de pign. act.* dicitur, ea quæ fortuitis casibus accidunt, prævideri non posse. Nam etsi prævideri non possunt, nec averti possunt, tamen præcogitari; & qui eos in se suscipit, insolitos quoque præcogitat, ut proinde de iis quoque in genere actum videatur. Tale quoque est, quod de procuratore universorum bonorum afferunt, nempe etsi is facere potest ea quæ dominus facere solitus erat, non posse tamen facere, quæ dominus facere non consuevit, *l. vel universorum* 12. *ff. de pig. act. l. qui semisses* 13. §. 1. *ff.*

ff. de usur. Etenim mandati fines diligenter sunt custodiendi, ne quid fiat contra aut præter intentionem mandantis, *l. 3. ff. mand.* Generale autem mandatum, etsi verbis omnem administrationem continet, non continet tamen sententia mandantis, quippe quem credibile non est ea mente fuisse, ut quid procuratori suo facere permiserit, quod ipse facere non consuevit: & alias satis notum est, generali mandato non intelligi ea contineri, quæ quis verisimiliter mandaturus non fuerat, sed speciale mandatum in his requiri; qualia sunt causa famæ, restitutio in integrum, transactio, &c. *l. non solum 39. §. ult. & l. seq. l. mandato 60. ff. de procur. l. illud 25. §. 1. ff. de minorib.* Postremo, ejusdem generis est, quod colligunt ex *l. qui occidit 30. §. 3. vers. at si omnia, ff. ad leg. Aquil.* ubi Paulus ait, eum culpa carere, qui omnia, quæ oportuit, observavit, & subita vis venti longius ignem produxit. Nihil enim ibi de casu fortuito præstando actum est ac proinde nec præstari casus fortuitus debet, nec magis insolitus, quam qui crebrius evenire solet, *l. contractus, in fin. ff. de reg. jur.* eodemque modo respondendum ad *l. si putator. 31. ff. ad leg. Aquil.* & ad *l. si quis fumo 49. §. 1. ff. eod.* ubi Ulpianus scribit, damnum injuria dedisse non intelligi eum, qui magna vi cogente dedit, veluti qui alienas ædes medias dejecit, ne incendium ad suas ædes perveniret qui textus est notabilis. Ita ferme & Pauschman. *lib. 1. q. pract. cap. 6. & 7.* Fachin. *l. 1. contr. c. 86.* Diod. Tulden. *ubi supra.*

CAPUT II.

An emphyteuta donatione vel permutatione alienare possit emphyteusin inconsulto domino?

Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui quod colonum non reperirent, propter sumptus, quos in illorum cultura & insitione, sive, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri necesse erat, in perpetuum, aut certe in longissimum tempus habendi & fruendi tradi cœperunt, ea lege, ut agri illi colerentur & consererentur, idque modica pensione annua, quæ veri domini memoriam conservaret: quamquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem fere conditione locari cœperint. Est igitur jus emphyteuticum seu emphyteusis jus perpetuarium, quo quis agro alieno tanquam alter quidam dominus utitur ac fruitur sub lege certæ annuæ pensionis in recognitionem directi dominii præstandæ. Non solum autem jus utendi fruendi per constitutionem emphyteusios emphyteuta acquirit, sed etiam jus emphyteusin oppignerandi, *l. lex vectigali 31. ff. de pignor.* servitutem prædio imponendi, permutandi & quoquo modo in alium transferendi, *l. 3. C. de jur. emphyt.* unde est, quod emphyteutæ interdum domini vocantur, *l. 2. l. 4. C. de div. præd. urban. & rust. empl.* Et quidem Zenonis tempore alienatio emphyteusios non tantum licita cuilibet fuit, sed etiam libera, *l. 1. ff. si ag. vectig. §. 3. Inst. de locat. l. 1. C. de fund. patrimon. lib. 11.* At lege Justiniani id jus nonnihil imminutum *l. 3. C. de jur. emphyt.* cujus hæc summa est, ut si inter dominum & emphyteutam in ipso contractu de alienatione nihil convenerit, (nam conventionem omnimodo servari vult) liceat quidem emphyteutæ jus suum in alium transferre, sed certis conditionibus, quarum prima est: ut, si id vendere velit, domino illud denuntiet, eique offerat πρoτίμησιν seu emendi prærogativam. Non requiritur ergo consensus domini, ut vendere liceat, ut male plerique putant: verum ut ipsi potius, quam alii vendatur: ac proinde hæc non tam est requisitio consensus domini, quam simplex certioratio. Secunda est, ut novus emphyteuta à domino in possessionem inducatur, seu ut nunc vulgo loquuntur, investiatur, Tertia & postrem. ut dominus pro admissione & subscriptione ac depositione (cujus forma in *d. l. 3.*) accipiat honorarium vel laudemium, nempe quinquagesimam partem pretii, si vendatur, vel æstimationis fundi, si per aliam conventionem puta donationem vel permutationem, res fuerit alienata. Et duo quidem posteriora, nempe inductio seu investitura, & perceptio honorarii, obtinent in omni alienatione. At non satis expeditum est, an in casu donationis & permutationis eadem quoque denuntiatio, quæ in venditione requiritur, intervenire debeat, & hic etiam similis prærogativa domino competat, non utique in hoc, ut, si emphyteuta rem alteri donare velit, dominus postulare possit, ut sibi donetur, quod aperte iniquum est: aut si permutare cum alio emphyteuta cupiat, teneatur domino offerre permutandi prærogativam, quod & ipsum sine manifesta injuria emphyteutæ constitui non potest. Sed an emphyteuta priusquam donet aut permutet, dominum certiorare debeat, se id facere velle, & sic etiam offerre domino si velit, potestatem emendi; sive an dominus possit æstimationem solvendo sic etiam rem ad se revocare. Respondeo, ne hoc quidem admittendum est, tum respectu donantis emphyteutæ qui forte, dum alium obligare

&

& remunerare vult, simul vult extare monumentum liberalitatis suæ & manere in sui memoriam: tum respectu donatarii, cui fortassis gratior esset & acceptior agellus emphyteuticarius, quam alterum tantum pecuniæ aut valoris, & qui forte ne dignaretur quidem pecuniam accipere. Et quid si emphytheuta prædium suum alicui legaverit, (potest enim & hoc facere, *l. si domus* 71. §. *ult. ff. de legat.* 1. *l. in conventionibus* 219. *ff. de verb. sign.*) & id fecerit indulgens affectui amici sui, an & hic dominus oblato pretio legatarium fundo sibi legato privare poterit contempta voluntate defuncti? atqui legare, est donare. Aut quid si emphyteuta hæredem testamento instituerit, an & hic idem domino licebit? In permutatione vero si hoc admittamus, frustrabitur emphyteuta desiderio suo & fine cupito, nempe eo prædio, quod suo prætulit, & multas ob causas præferre potuit. Quid enim si alter illud vendere nolit, aut non nisi immodico pretio vendere velit, qui non aliam ob causam animum permutandi habuit, quam quod fundum emphyteutæ habere maluit, quam suum, ut homines diversimode efficiunt. Vendent's autem emphyteutæ plane nihil interest, à quo pretium accipiat, à domino, an ab alio: quippe quod solum desiderat, & in quod nulla potest cadere affectio, *l.* 3. *ff. de in lit. jurand.* Hoc itaque posito, supervacuum foret in donatione aut permutatione requirere consensum domini, eumve certiorare de donatione aut permutatione facienda ob alium finem, quam ut novum emphyteutam, in quem jus suum prior transferre vult, dominus admittat & in possessionem accepto laudemio suscipiat: hoc autem facere dominus ad denuntiationem emphyteutæ tenetur, nisi in tales personas jus transferatur quæ in contractibus emphyteoticis excipi solent, aut non sunt idoneæ ad solvendum emphyteuticam canonem *disp. l.* 3. *vers. necessitatem autem, C. de jur. emphyt.* Et bene Jason animadvertit principium *d. l.* 3. esse generale, atque in universum ibi prohiberi emphyteutam jus suum in alium transferre, hoc scilicet fine, ne inscio & invito domino alius quilibet ac forte non idoneus emphyteuta substituatur, & ille privetur laudemio; at *vers. sed ne hac occasione* esse specialem, & ad venditionem tantum pertinere, quam si facere velit emphyteuta, formam illic præscriptam servare debeat. Arguunt hoc ipsa textus verba, *vendere, comparare, pretium accipere, eandem quantitatem præstare*, quæ donationi aut permutationi non conveniunt. Arguunt & ea quæ mox sequuntur, & quidem evidentissimè: quod nescio an ab aliis observatum. Nam cum Imperator constituisset, quid speciatim in contractu venditionis observari vellet, nempe attestationem meditatæ venditionis domino transmittendam esse, eique offerendam emendi prærogativam, & si deliberaturum se dicat dominus, responsionem ejus per bimestre temporis spatium exspectandam, tunc definit generaliter, quid emphyteutæ concedendum in omni emphyteuseos alienatione. Et primo quod ad venditionem attinet, si dominus neget se emere velle, aut per memoratum tempus nihil respondeat, tunc licet emphyteutæ jus suum, cui velit, dummodo personæ idoneæ, vendere, atque ut dominus necesse habeat hunc novum emphyteutam accipere. Deinde, si emphyteuta alio modo jus suum ad personas concessas & idoneas transponere velit, posse hoc eum facere etiam domino inconsulto, nulla nec emphyteutæ imposita denuntiationis necessitate, nec concessa domino contradicendi licentia. Utroque autem casu exigit, ut dominus ipse novum emphyteutam in possessionem inducat, & emphyteuta hanc inductionem à domino testato petat, dominique de ea re voluntatem per duos menses exspectet; qui si novum emphyteutam intra id tempus admiserit, tum illi pro admissione sua & subscriptione honorarii loco vult tribui quinquagesimam partem pretii, si jus emphyteuticum venditum est, vel æstimationis loci, si ex alia causa translatum. Quod si dominus toto eo tempore supersederit novum emphyteutam, alioqui idoneum admittere, tum Justinianus ipsi emphyteutæ liberam potestatem concedit rem transferendi, novumque emphyteutam inducendi in possessionem, nihil laudemii nomine, domino relicto, quod alias pro admissione consecuturus fuisset. Atque hæc communis interpretum sententia est in *d. l.* 3. quam sequitur Mantica *lib.* 22. *de tac. & ambig. convent. tit.* 28. *n.* 56. *& seqq. & num.* 69. atque ibi citati Diod. Tulden. *in Cod. d. tit. num.* 8. Bronchorst. *cent.* 1. *assert.* 80. eamque bene & erudite defendit Donell. *lib.* 9. *comm.* 14. Dissentit ex parte And. Fachin. *lib.* 3. *cont. c.* 97. *& lib.* 6. *c.* 98. Cujus argumentis facile occurri poterit ex iis, quæ jam dicta sunt. Rationes quoque aliorum, qui etiam in casu donationis & permutationis emendi, prius domino potestatem faciendam contendunt, eumve æstimatione oblata jus habere rem ad se revocandi, leviores sunt, quam ut novam & peculiarem mereantur responsionem. Obiter hic noto quibusdam nempe curialibus, vetitum esse prædia sua sine decreto vendere, donare & permutare permissum: ex quo apparet, non semper à ven-

venditione ad donationem licere ἀνασκευάζειν de quo interpretes ad *l. non debet 21. ff. de reg. jur.* Quatenus nostris & Gallorum moribus a constitutione Justiniani in *d. l. 3. C. de jur. emphyt.* recessum sit disce ex Grœnevv. *tract. de leg. abrog. ad l. 3.* Grot. *lib. 2. introd. ad jurisp. Bat. c. 4.* Monarc. *&* Autumn. *ad d. l. 3.*

CAPUT III.

An dominus fundi emphyteutici, post elapsum tempus canonem recipiens, videatur renuntiasse caducitati?

PRæstatio canonis seu pensionis annuæ pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati dominii, in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur, non licet domino expulso emphyteuto agrum auferre, *l. pr. ff. si ag. vect. seu emphyt. pet. §. 3. Inst. de locat.* Quod si emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum is jure suo, volente domino, cadit, nisi quid secus privata pactio suadeat, *l. 2. C. de jur. emphyt.* In emphyteusi ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur. *auth. qui rem, C. de sacrosf. eccles.* Quid autem, si emphyteuta post cessationem tanti temporis canonem elapsum domino obtulerit, isque eum ultro sine protestatione acceperit, an non videri debet dominus hoc ipso caducitati renuntiare, & solventem pro emphyteuta agnoscere? Et siquidem emphyteuta ecclesiæ per biennium in solvendo canone cessaverit, novissima Justiniani lege, licentia datur ecclesiæ & præcedentis temporis canonem ab emphyteuta exigendi, & præterea rem emphyteuticam vindicandi, sive, ut Justinian. loquitur τὸν ἐμφυτευτὴν ἐκβαλεῖν τῆς ἐμφυτεύσεως. *Nov. 120. c. 8.* unde *auth. qui rem, C. de sacrosf. eccles.* Igitur si prælatus aut capitulum post biennium canonem præteriti temporis exegerint, aut ultro oblatum receperint, salvum nihilominus manet ecclesiæ jus emphyteutam expellendi. Cæterum cum hoc constitutum sit speciali favore ecclesiarum & venerabilium domum, ut apparet ex *d. c. 8. Nov. 120.* nec prælato concedendum, ut jus eccclesiæ ex caducitate quæsitum remittere possit: non temere id ad emphyteusin civilem trahi debet. Imo, quia Justinianus id specialiter constituit in emphyteusi ecclesiastica, hoc ipsum argumento est, noluisse cum idem observari in emphyteusi civili, ut proinde hic standum sit rationi & regulis juris communis. Videamus igitur, quid hic ex ratione juris communis in emphyteusi civili, statuendum sit. Illud omni dubio caret, quod emphyteuta ob canonem triennio non solutum jure suo volente domino excidit, etiamsi interpellatus à domino non fuerit, *l. 1. C. de jur. emphyt.* quippe cum dies hic interpellet pro homine, ut vulgo dicitur, *l. 12. C. de contr. & com. stip.* sed neque moræ hic admittitur purgatio: quoniam, ubi pœna & dies adjicitur, mora purgari non potest, *l.* Celsus *23. pr. ff. de recept. arbitr. l. 4. §. ult. ff. de leg. commiss. l. cum stipulatus 115. ff. de verb. oblig. l. ad diem 77. ff. eod.* Ratio est, quia quod jus parti semel quæsitum est, sive lege, sive propria conventione, id ei auferri non debet, *l. 2. ff. de his qui sui vel alien. jur. l. 12. ff. de reg. jur.* Fac. *d. l. 23. ff. de recept. arbitr.* quamquam emphyteutæ ecclesiæ jure canonico permissum moram purgare celeri satisfactione, *c. ult. ext. de locat.* forte quia jus suum citius amitit, eoque jure & in civili nos uti scribit Grotius *lib. 2. introduct. cap. 40.* de quo tamen vide Christin. *vol. 1. decis. c. 117. num. 3.* Coren. *obs. 22. rer. jud. à supr. Holl. senat.* Grœnevv. *tract. de leg. abrog. ad d. l. 2.* Cum igitur emphyteusis (loquimur de civili) non soluto per triennium canone ipso jure in commissum cadat, nec cadat tamen nisi volente domino quod etiam de voluntate tacita accipiendum est, eleganter quæritur, an, si dominus post triennium canonem præteriti temporis oblatum ab emphyteuta sine protestatione acceperit, aut ipse canonem exegerit, commisso renuntiasse videtur? Affirmant Guido Pap. *quæst. 171.* Clar. *§. emphyteusis quæst. 10.* Fachin. *1. contr. 99.* Perez. *in C. de jur. emphyt. in fin.* Ant.Fab. *C. eod. defin. 16.* Jas. *late in l. 3. C. d. tit. & DD. comm.* quos etiam secutus est, Bachov. *in* Treutl. *vol. 1. disp. 29. thes. 12.* Negant Mantica *lib. 2. de tac. & ambic. convent. tit. 33. num. 1. & seqq.* Bronchorst. *cent. 1. assert. 83.* D. Tulden. *ad Cod. de jur. emphyt. n. 15.* Christin. *vol. 1. decis. 157. n. 8. & seq.* Ego priori sententiæ, ut probabiliori mihi visæ, semper adhæsi, ac ne nunc quidem quicquam muto. Moveor, quod jus commissi cum sit pœnale, facile remissum intelligatur, sicut evenit, cum alia qualibet pœna commissa ob non solutam sua die pecuniam, sors petitur post diem, aut cum venditor, qui legem commissoriam exercere potuit, pretium petere maluit, *l. pen. ff. de leg. commiss.* nimirum in odium pœnarum quæ semper odiosæ, sive legitimæ sint, sive conventionales, *l. ult. ff. de eo quod cert. loc. l. pen. ff. de pœn.* Utique regulariter res ipsa & pœna simul peti non potest, *l. rescriptum 10. §. 1. ff. de pact. l. si pater 12. §. 2. ff. de pact. dotal. l. 4. §. Labeo 7. ff. de dol. mal. except. l. 4. C. de pact. int. empt.* nec pœnæ legi-

gitimæ & conventionalis ulla hic diversa ratio est, cum utraque adjiciatur, ut debitor magis excitetur ad præstandum id, ad quod præstandum ex conventione aut lege obligatus est. Perperam autem ad hæc loca & similia respondetur, quod pœnalis stipulatio per se non consistat, sed accessio sit obligationis principalis, qua sublata & ipsam tolli necesse sit. Verum enim non est, pœnalem stipulationem accessionem esse ejus obligationis, cui subjicitur: per se enim subsistit, *§. ult. Inst. de verb. oblig. l. ita stipulatus* 115. *pr. ff. eod.* & valet, etiam si subjecta sit inutili, *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri* 17. *ff. eod.* Imo & usuræ præteritæ, quæ ex stipulatione debentur, obligatione sortis sublata adhuc peti possunt, quia duæ hic sunt obligationes separatæ, *l. centum Capuæ* 8. *ff. de eo quod cert. loc. l.* 1. *C. de judic. arg. l. qui per collusionem* 49. *§.* 1. *ff. de act. empt. l.* 4. *C. depos.* à contrario sensu. Quod autem pœnalis stipulatio subjecta turpi aut impossibili inutilis est, *l. stipulatio* 69. *ff. de verb. obl.* non eam rationem habet, quod sit accessoria aut inutili subjecta; sed quia & ipsa eodem vitio, quod prior laborat, & pro turpi aut impossibili habetur, per *l. aliud est fraus* 131. *ff. de verb. sign.* de quo fusè Donell. *ad d. l. si homo.* Confirmat hanc nostram sententiam, *l. Æmilius* 38. *ff. de min.* in verb. *& pretium petendo à lege sua recesisse*, item *l. celsus* 23. *pr.* vers. *Sin autem oblatum acceperit, pœnam petere non potest, ff. de recept. arb.* & similis locus est in *l. pen. ff. de leg. commiss.* Igitur si dominus non potest exigere canonem, & simul exercere jus caduci, sive rem vindicare, & emphyteutam expellere, etiam recipiendo canonem oblatum, caducitati & rei vindicationi renuntiasse videtur. Etenim hoc posito, quod privatio & expulsio sit pœna, uti revera est, si dominus non ignarus volenter cadit, canonem præteriti temporis sibi oblatum receperit, solventem pro emphyteuta agnoscere, & pœnam remittere intelligitur. Adde quod durum atque iniquum est, emphyteutam & jus suum atque meliorationes amittere, & nihilominus ad canonem solvendum compelli. Quod autem apprime hic notandum est, emphyteuta canonem non solvens duplici de causa jure suo privatur: primo quia pensionis damno dominum affecit: deinde, & quidem præcipue, quod se emphyteutam esse negare videatur. Utrumque autem hoc vitium purgatur cautione postea oblato & ultro à domino recepto. Non obstat, quod quidam objiciunt, canonem solvi pro perceptis fructibus, pœnam infligi ob cessationem. Nam canonis solvendi hic principalis finis est, ut memoria domini conservetur, & ut tunc vulgo loquuntur, ut dominus recognoscatur: quapropter non tam pro perceptis fructibus quam in recognitionem domini solvitur. Longe alia ratio est coloni, à quo, licet ejecto, locator mercedem exacti temporis petere potest, *l. colonus, pen. ff. locat.* quoniam merces pro perceptis fructibus debetur & solvitur: nec colonus jus aliquod dominio proximum quod amittat, in fundo habet, impensasque utiles, si quas fecit, recipit, *d. l. colonus*, nec locator eo expulso quicquam lucratur aut consequitur præter potestatem alteri rem locandi, quod sæpe etiam incommodum locatori affert. Aliud quoque juris est; cum utrumque debetur & res & pœna, ut in specie *l.* 7. *§.* 1. *ff. de cond. furt.* & in emphyteusi ecclesiastica, *Nov.* 12. *c.* 8. item in specie, *si quis major* 41. *C. de transact.* & denique si pœna adjecta sit coërcendo contemptui, ut in casu, *l. si quis rem.* 30. *ff. de recept. arbitr.* Plane si dominus canonem præteriti temporis accipiens protestetur se non alia lege eum accipere, quam ut salvum sibi maneat jus commissi, jus illud adhuc exercere poterit: quoniam protestatio conservat jus protestantis, *l.* 4. *§.* 1. *ff. quib. mod. pign. solv.* haud secus ac cum inter contrahentes ab initio actum est, ut rato manente pacto pœnam exigere liceat, *l. pen. ff. de transact.* Neque vero protestatio hæc novum jus domino tribuit, ut quidam hinc colligunt, sed jus expulsionis, quod ante habuit, ei conservat, cui protestationi si non contradicat emphyteuta, in eam consentire videtur, *c. quo tacet ext. de reg. jur.* Quod si dominus cum protestatione accipiat canonem futuri temporis, sive elapsum post tempus quo emphyteusis in commissum cecidit, nihil hæc protestatio dominum juvabit: quoniam protestatio facto contraria nihil operatur, *l.* 1. *ff. si ususfruct. pet.* Et autem actus receptionis canonis in tempus futurum prorsus contrarius juri quæsito: hoc enim supponit non esse amplius emphyteutam, ille contra adhuc esse. Digna mihi visa fuit hæc quæstio, quæ paulo accuratius tractaretur, quàm apud plerosque hactenus tractata fuit.

CAPUT IV.

An is, qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat?

CReditorum alii sunt chirographarii, id est, qui citra hypothecam personalem tantum actionem habent; alii hypothecarii: & in utroque genere quidam privilegiarii, quidam puri & simplices, vel chirographarii vel hypothecarii.

rii. Puri chirographarii creditores inter se concurrentes omnes pares sunt, etsi alii alios tempore præcedant, *l. 6. C. de bon. auct. jud.* Quod si cum Chirographariis simplicibus concurrant ejusdem generis creditores, sed privilegiarii, id est, privilegium personale exigendi habentes, hi illis potiores sunt. Inter ipsos autem privilegiarios ejusdem tituli, licet diversi temporis, nulla prælatio est *l. privilegia 32. ff. de reb. auct. jud. poss.* Hujus generis creditores sunt respublica, *l. penult. §. 1. ff. de reb. auct. jud. poss. l. 2. C. de jud. reipubl. lib. 11.* qui in navem extruendam vel instruendam, vel in rem emendam crediderunt, *l. qui in navem 26. l. quod quis navis 34. ff. d. tit. &c.* Inter ejusdem generis creditores numeratur & qui ob restitutionem ædificii collapsi pecuniam credidit, *l. si ventri, 24. §. 1. ff. eod. l. creditor. 25. ff. de reb. cred.* Sed huic postea senatusconsulto etiam pignus datum est, *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* quod haud dubie ad eum quoque pertinet, qui credidit in refectionem & fulturam domus alioqui ruituræ: vi ipsa enim restituit, qui efficit, ne ruat. Unde quæsitum est, an non & ille jus taciti pignoris habere debeat, qui in navem armandam aut reficiendam pecunias credidit. Multum enim interest, utrum quis tantum habeat personale privilegium exigendi, an vero hypothecam sive pignus. Nam qui hypothecam habent, sive tacitam, sive expressam, præferuntur omnibus creditoribus, qui privilegium exigendi dumtaxat habent, *l. eos qui 9. C. qui pot. in pign.* quam ob causam hi etiam fisco postponuntur, *d. l. quod quis navis, ff. de reb. auct. jud. poss. junct. l. 1. & l. 2. C. in quibus caus. pign. tac. l. 2. C. de jur. fisc. l. si quis 28. ff. eod.* Ego non invitus in eorum sententiam concedo, qui negant, eum qui in navem reficiendam credidit, jus tacitæ hypothecæ habere. Etenim omnes tacitæ hypothecæ legibus nominatim constitutæ sunt; nulla autem lex talis hypothecæ meminit. Datur quidem in navem instituendam credenti personale privilegium exigendi, *d. l. qui in navem 24. & d. l. quod quis 34. ff. de reb. auct. jud. poss.* at idem privilegium etiam ei datur, qui credidit in navem extruendam aut fabricandam, quem constat tacitam hypothecam non habere, cum nec ei, qui in extructionem novæ domus pecuniam mutuam dedit, tacitum pignus datum sit, sed ei tantum, qui credidit in restitutionem, id est, reædificationem & instaurationem collapsæ, *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* Sed & idem privilegium iisdem locis ei tribuitur, qui in navem aliamve rem emendam credidit, quæ tamen res in nausam pignoris non deducitur, nisi id expresse convenerit, *l. quamvis 17. C. de pign. l. 7. C. qui pot. in pign.* & ita sæpe judicatum est, *decis. Cur. Holl. 35.* Sande *lib. 3. tit. 12. defin. 5. & 7.* Ant. Fab. *C. suo for. tit. qui pot. in pign. defin. 10.* Fallitur igitur Accursius, & qui eum sequuntur, Covar. *1. resol. 7. num. 3.* Neguzant. *p. 2. mem. 4. num. 162. cas. 16.* aliique ibidem citati, dum putant, etiam eos, qui ad refectionem navis pecuniam mutuam dederunt, taciti pignoris jus habere, propterea quod horum pecunia non minus navem salvam fecit, quam illius, qua refecta aut restituta est insula, sive ædificium. Nam si hoc verum est, etiam ille, qui pecuniam ad navem aut aliam rem emendam credidit, eam rem sibi obligatam habebit: quia utique per hanc creditoris pecuniam debitor consecutus est, ut eam rem habeat; quod tamen falsum est, *d. l. quamvis, C. de pignor.* Nempe non temere, quod nominatim jure singulari tributum est ei, qui in restitutionem aut refectionem ædium pecuniam dedit, trahendum est ad quosvis, qui in cujuscunque rei refectionem pecuniam crediderunt, contra *l. quod vero 14. & l. seq. ff. de legib.* Neque eadem profecto causa est ædificii reficiendi & navis aut alterius rei conservandæ. In ædificiis tuendis sarciendisque non modo utilitas aliqua publica versatur; sed in eo etiam decus urbis & ornamentum agitur, ut ædificia integra sint & bene composita, non cassa & ruinosa, ne aspectus urbis deformetur ruinis. Quamobrem non in hac tantum re, verum etiam in aliis contra non necessarias demolitiones ædificiorum pro iis augendis & sartis tectis tuendis multa legibus cauta & constituta sunt. Nam & lex duodecim tabularum de tigno alienis ædibus injuncto agere non permittit, ut id eximatur, ne sub hoc prætextu ædificia diruantur, *l. 1. ff. de ting. junct.* & senatusconsulto cautum, ne ea quæ ædibus juncta sunt, legare liceat, nisi hactenus ut in alias ædes transferantur, neque tamen integra ædificia deponantur, *l. cætera 41. §. 1. & 2. ll. seqq. ff. de legat. 1.* Quorum nihil simile in navi aut cæteris rebus. Ac propterea omnino dicendum est, cessantibus & verbis senatusconsulti & sententia, pignus in aliis rebus non constitui quæ refectæ nostra pecunia fuerunt, nisi de eo generaliter aut specialiter convenerit, extra causam creditæ in restitutionem aut refectionem ædium; ut ut navium quoque exercitio ad utilitatem reipublicæ pertineat, *l. 1. §. licet autem 20. ff. de exerc. act.* Nam si ex eo inferre velis etiam eum, qui in refectionem navis credidit, tacitum pignus habere, eadem ratione & is habebit, qui in extruendam credidit, cum tamen, ut ante dictus est, ne ille quidem habeat,

beat, qui credidit in ædificatione novæ domus. Decepti fuere Accursius & alii, qui contra sentiunt, duobus locis Ulpiani, in quibus legerunt, eum, qui in rem conservandam pecuniam credidit, cæteris creditoribus esse potiorem, quibus eadem res prius obligata erat, additis nominatim exemplis de eo, qui ad armandam vel reficiendam navem credidit, adjectaque hac ratione, quia hujus creditotis pecunia salvam fecit totius pignoris causam, *l. interdum 5. & seq. ff. qui pot. in pign.* quæ utique ratio ad omnes ex æquo pertinere videtur, qui quid in rem reficiendam & conservandam impenderunt. Jam vero, qui in navem reficiendam credidit non potest potior in pignore cæteris haberi, nisi illi quoque navis obligata sit. Sed male, inquam, hinc Accursius colligit, eum qui in navem reficiendam credidit, habere jus tacitæ hypothecæ, sive pignus legale, constitutum lege sine conventione. Neque enim aut locis istis, aut toto illo titulo, cui subjecta sunt, tractatur, quomodo pignus constituatur, navis aut res alia pignori obligetur; sed quæritur, quis ex iis, quibus diversis temporibus eadem res obligata est, in pignore sit potior: & illud dicitur, eum, qui in navem, (intellige sibi obligatam, quod fit aperta conventione) armandam aut reficiendam pecuniam credidit, quamvis posterior crediderit, cæteris in pignore esse potiorem: quod deinde & ad alia porrigitur, veluti si quis in merces sibi obligatas; ut salvæ fiant, aut in cibaria nautarum: sine quibus navis salva pervenire non poterat, &c. crediderit, *l. 6. d. tit. per tot.* Itaque nec ratio, quam affert Jurisconsultus in *pr. d. l. 6.* concludit pro pignore, sed ex hypothesi pignoris conventione constituti concludit pro jure prælationis. Et sic ob eandem rationem is, cujus pecunia prædium comparatum est, licet posterior sit, cæteris creditoribus hypothecariis præfertur; sed non aliter, quam si id prædium ei obligatum sit, quod non fit nisi expressa conventione, *l. quamvis 17. C. de pignorib. l. licet 7. C. qui pot. in pign.* Eodem modo respondendum est ad *Nov. 97. c. 3.* Nam nec illic Justinianus quicquam definit aut constituit de tacito pignore, sed relatis diversis creditoribus, qui quidem omnes hypothecam eamque privilegiatam habent, sed alii expressam, quales sunt quorum pecunia, navis, aliave res fabricata, reparata aut comparata est, ea lege, ut pignori esset, *d. l. licet, C. qui pot. in pign. d. l. quamvis 17. C. de pignor.* alii tacitam, ut mulier in causa dotis, tractat de jure prælationis, sancitque ut inter hujus generis creditores temporis ordo servetur, & is nimirum cæteris præferatur, qui antiquiorem hypothecam, sive expressam, sive tacitam cum privilegio habet, juxta vulgatum illud, privilegiatus adversus privilegiatum non utitur privilegio suo. *Nov. 91. c. 1. l. ult. §. 1. in fin. C. qui pot. in pign. hab.* Atque hæc Neotericorum communis sententia est, Donell. *de pig. c. 5.* Bronchorstius *cent. 2. assent. 77.* Gudelin. *lib. 4. de jur. noviss. c. 18.* Perez *in Cod. tit. in quib. caus. pign. tac. n. 13.* Bachov. *lib. 4. de pig. c. 9. & 14.* à quibus malè dissentit Costalius ad *l. 5. ff. qui pot. in pign.*

CAPUT V.

An hypotheca constituta in rebus per beneficium l. 2. C. de resc. vend. avocatis extinguatur?

Species hæc esto: Titius cum fundum à Sejo centum aureis emisset, eundem fundum sibi traditum pignori obligavit Sempronio. Sejus venditor postea causatus se ultra dimidium justi pretii læsum esse, sive se eum fundum duplo minore pretio, quam tempore contractus valebat, vendidisse, remedio *l. 2. C. de resc. vend.* fundum avocavit recepitque. Quæritur an pignus ab emptore in eo fundo Sempronio constitutum resolvatur? Bartolus constanter negat resolvi in *l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* & alibi Baldus contra affirmat in *d. l. 2. num. 17. quæst. 13.* Bartoli sententiam amplectuntur Cuman. Roman. Fulgos. Alexand. & alii citati à Pinello in *d. l. 2. p. 2. cap. 3. n. 11.* Boër. *decis. 181. n. 10.* ubi & communem hanc esse sententiam testatur. Baldum verò secuti sunt. Castr. Salic. Cagnol, Pinell. *d. loc.* aliique plures ibidem relati Neguf. *de pign. memb. 1. part. 5. n. 43.* Mantic. *lib. 11. de tac. & amb. conv. tit. 31. num. 69.* Elegans sane quæstio & digna diligenti inquisitione! Nos hic pro Bartolo adversus Baldum stabimus, non disputandi tantum aut ingenii ostentandi gratia: sed quia veram esse sententiam Bartoli omnino persuasum habemus. Neque tamen in hanc sententiam nos traxit Bartoli ratio, quasi, cum emptor quod deest justo pretio supplendo, restitutionem rei evitare potuerit *d. l. 2. C. de resc. vend.* alienatio ista & rei in venditorem translatio non sit necessaria, sed potius pro voluntaria habenda: quo casu res cum suo onere & cum sua causa transeat, *l. 3. & l. seqq. ff. quib. mod. pign. solv.* Nam si hujus controversiæ decisio ex eo tantum dependeret, utrum quæ alienatio voluntaria, an necessaria censenda sit, in partes Baldi transirem: neque enim pro voluntario haberi debet, ad quod præstandum judicio conveniri & urgeri possumus, tametsi al-

terius rei præstatione nobis liceat defungi. Qui quid faciendum promisit, si tantum tempus præterierit, intra quod fieri poterat, quod promisit, in id solum conveniri potest, & id solum obligatione contineri incipit, quod stipulatoris interest factum esse, quod promissum erat, *l.* 14. *l. stipulationes* 72. *l. si insulam* 84. *ff. de verb. oblig. l.* 13. §. 1. *ff. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum contestata est, placeat promissorem paratum præstare quod promisit, adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *d. l. insulam, l. si servum* 91. §. 3. *ff. de verb. oblig.* cum autem alterutrum præstare necesse sit, non potest promissor præstando quod stipulatoris interest, dici id fecisse ἑκουσίως & volenti animo,, non magis, quàm si quis ex obligatione disjunctiva conventus, alterutrum solvat, dici potest sponte & αὐτομάτως solvisse, aut dominus noxali judicio conventus, si litis æstimationem præstare maluit, quam servum noxæ dedere: quod & Pinellus contra Bartolum bene observavit. Cæterum etsi nos rationem Bartoli improbamus, non tamen cum Pinello Baldum secuto improbamus Bartoli sententiam; sed alia ratione eaque vera & solida, eam tuebimur: nempe quia jus creditori rectè constitutum, restitutione post secuta citra injuriam ei aufferri non potest; constitutum inquam, creditori, ut in specie proposita, ab eo qui plenum rei dominium habet, qui rem à domino emit pure sine ulla conditione aut suspensiva aut resolutiva, denique ab eo, cujus jus à nemine alio dependebat. Quid enim si primus emptor rem alteri vendidisset & tradidisset: Utique hunc effecisset dominium; neque primo venditori adversus hunc ulla competeret actio: quia autem potest sic, ut dixi, rem alienare, potest etiam, nec minus efficaciter, eam oppignorare, *arg. l. non debet* 21. *ff. de regul. jur.* Atque hæc eadem, quam dixi, ratio etiam efficit, ut debitore servum, quem emit, & oppignoravit, redhibente, pignus non solvatur, *l.* 4. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. l. bovem* 43. §. *pignus* 8. *ff. de ædil. edict.* neque etiam eo casu solvatur, quo res distracta est ea lege, ut si displicuisset emptori, eam reddere liceret, *l.* 3. *in fin ff. eod. tit.* non autem ideo tantum quod redhibitio illa aut redditio sit voluntaria; quanquam illud etiam verum est, non posse jus alicui semel quæsitum voluntate ejus, per quem illud quæsitum est, illi auferri, *l. ult. ff. de pact. l.* 1. §. *si rem* 25. *ff. depos. l. qui balneum* 9. *pr. l. potior* 11. *pr. ff. qui pot. in pign.*

Utique ex iis, quæ dicta sunt manifestum est, propositionem illam Baldi ex *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignoribus*, quod resoluto jure dantis resolvitur & jus accipientis, perpetuum non esse: & alioqui nulla non alienatione rei necesse esset pignus finiri. Procedit ista propositio sive regula 1. ubi res ab eo pignorata est, qui plenum in ea re jus non habet, sed alius est, qui in eadem re jus habet potentius reique ipsius proprietatem & ad quem jus illud à proprietate separatum, quod alter habet, certis casibus & certis ex causis pervenire potest, sive illud jus sit affine dominio, quale est emphyteuticum & superficiarium, quod pragmatici utile dominium vocant; sive servitus tantum & nudum jus utendi fruendi. Igitur si emphyteuta emphyteusim, aut superficiarius superficiem oppignoraverint, jure eorum sublato, puta quod alter in solutione canonis cessaverit, alter in solvendo, solutio evanescet & pignus, *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignoribus, l. etiam superficies* 15. *ff. qui pot. in pign.* Nam quod domino jure publico certo casu tributum est, id ei facto alieno adimi nequit. Eadem ratione & fortiore, si fructuarius usumfructum pignori dederit (potest enim hoc facere, *l.* 9. §. 1. *l. si is* 1. §. 2. *ff. de pignor.*) finito usufructu & ad proprietatem reverso dicendum est jus pignoris simul expirasse. 2. Certo jure regula superior procedit, quando hæres eam rem pignori dedit, quæ legato aut fideicommisso conditionali est obnoxia, & conditio extiterit, *l.* 3. §. *sin autem* 3. *Comm. de legat. l. grege* 13. §. 1. *ff. de pign.* quod & in reliquo jure medio tempore constituto obtinet, puta servitute, usufructu, *l. is cui* 11. §. 1. *ff. quemad. serv. am. l. si sub* 16. *ff. quib. mod. us. am.* Item cum creditor pignus quod accepit, alteri obligavit, & debitor pecuniam, quam debebat, solvit: hic enim & jus secundi creditoris merito placet extingui, *l. debitor* 40. §. *ult. ff. de pignor. act. l.* 1. & *l.* 2. *C. si pign. dat.* 3. Procedit eadem regula, cum contractus pure quidem est initus, sed sub conditione resolutiva, ut fit in terminis factæ venditionis sub lege commissoria, aut in diem addictione: itaque & hic si emptor medio tempore rem sibi traditam pignori obligaverit, & sua die pecuniam non solverit, aut alius intra diem præstitutam meliorem conditionem obtulerit, cum contractu pignus quoque solvitur, *l.* 3. *in pr. ff. quib. mod. pign. solv. l.* 4. §. 3. *ff. de in diem addict.* Nam sicut conditio suspensiva existens retro ponit, quasi ab initio pure contractum esset, ita conditio resolutiva retro tollit, quasi ab initio nihil actum esset. Et quod notandum est, hoc casu citra ullum factum emptoris vi pactionis, cui hanc potestatem lex dedit, ipso jure dominium rei revertitur ad venditorem, eamque vindicare potest

à

à quocunque possessore, *l. 4. C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. vers. quæsitum, ff. de leg. commiss.* non utique tamquam rursus ei quæsitam, sed quasi nunquam emptoris factam. At non procedit ista regula, quando res vendita & tradita est ex contractu nulla conditione resolutiva modificato; ut in casu, quem proponit Ulpianus & auctoritate Marcelli decidit in *l. 3. in fin. ff. quib. mod. pign. solv.* nempe si res distracta sit ea lege, ut si displicuisset emptori, eam reddere liceret, pignus in ea re ab emptore constitutum non finiri. Nam ista conditio minimè resolutiva est, aut resolutivæ vim habet, ut ea existente ipso jure resolvatur, & annulletur contractus: sed firma manente ipso jure venditione, si emptor legem contractus exercere velit, & rem redere, datur ei in hoc ut venditor rem recipiat, actio ex empto, aut proxima empti id factum præscriptis verbis, *l. 6. ff. de resc. vend.* Multo minus ergo locus esse poterit superiori regulæ in casu quem proposuimus ubi purè & sine ulla conditione, qua existente aut resolvatur contractus, ad eum dissolvendum agere liceat, venditio facta est, & pleno jure dominium rei translatum. Ne quis autem putet iniquam hoc pacto inferri conditionem venditori, si rem cum onere pignoris recipere cogatur, paratum hic est venditori remedium ab Ulpiano & Paulo propositum in *l. redbibere 21. §. 1. & l. bovem 43. §. pignus 8. ff. de ædil. edict.* nempe ut petat rem liberam restitui: aut eo nomine sibi ab emptore caveri: quorum neutrum si præstet emptor, pretium præcisè supplere tenebitur, amissa eligendi facultate, ut bene disputat Bachovius *lib. 5. de pignorib. c. 13.* Ex his porro facilè colligi potest, quid dicendum sit, si res vendita cum pacto retrovendendi ab emptore pignori obligata sit, & venditor postea oblato pretio præscriptis verbis aut ex vendito agat, ut contractus fides servetur, & res sibi restituatur ex *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* nimirum pignus non solvi, contra Negusantium *dict. p. 5. memb. 1. num. 44.* Idem dicendum est, si donatarius rem sibi donatam pignori dedit, & propter ingratitudinem revocata sit donatio: quanquam id negent Pinellus, *ubi supra, num. 19.* & Anton. Faber. *dec. 23. err. 4.* qui contendunt hoc casu pignus solvi Pinellus hac ratione, quia donatarius invitus rem restituere tenetur: quæ ratio, quam infirma sit, superiora satis ostendunt, Faber, quia donatio resolvitur ipso jure: quæ quidem ratio bona esset, si esset vera. Sed magis est, ut falsa sit. 1. Quia personalis tantum actio ad revocandam donationem donatori datur, *l. bis solis 7. vers. actionem vero matris, C. de revoc. donat.* 2. Quia actio illa revocatoria non transit ad hæredem, *l. 1. d. l. 7. l. ult. C. eod.* 3. Quia exigitur mutatio voluntatis, *d. l. 1. & d. l. ult. vers. ex bis 4. arg. l. 11. ff. de reg. jur. l. traditionibus 20. C. de pact.* nec potest ullus dari textus, quo probetur ipso jure hic donationem resolvi. Nam quod in *d. l. 7. C. de revocat. donat.* dicitur, actionem qua mater ab ingratis liberis donationem revocat, ita personalem esse, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in hæredem detur, nec tribuatur hæredi; non hoc significat eam actionem in rem habere: nulla enim actio in personam dari potest, quæ actionis tantum in rem habeat effectum: sed hoc, effectum tantum ultionis injuriæ habere, & vindictam solummodo persequi, non pecuniam. Nempe iis verbis indicatur ratio, quare placeat actionem, quæ adversus ingratos ad revocandam donationem datur, solis dari ipsis donatoribus; non etiam hæredibus eorum, quoniam scilicet effectum tantum habet vindicationis, id est vindictæ, & ultionis injuriæ, ut actioni injuriarum in hoc similis sit, quam constat hæredi ejus, qui injuriam passus est, non dari, *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Vindicare enim propriè est ulcisci, & vindicare injuriam sibi factam in *l. 2. §. Item si 5. ff. de jud. l. deferre 18. §. sed communem 7. ff. de jur. fisc.* significat exequi & crimen persequi: adde Cujac. *lib. 4. obs. c. 19.* Bachov. *lib. 5. de pign. c. 13.*

CAPUT VI.

An juri offerendi debiti luendique pignoris præscribatur longissimo tempore, seu triginta aut quadraginta annis?

Creditor, qui securitatem crediti pignus accepit, soluto debito illud restituere debet atque in eam rem prodita est debitori actio directa pignoratitia, *tit. ff. & C. de pign. act.* quæ actio toto genere differt ab ea quæ hypothecaria dicitur, quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum, contra quemcumque pignoris possessorem *§. item Serviana 7. Inst. de act. l. pignoris 17. ff. de pignorib.* At pignoratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorem & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pignoratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti à prætore datur, hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusivè hypothecariam, quæ alias Serviana aut quasi Serviana, etiam pignoratitiam appellant, *l. 3. §. 3. ff. ad exhib. l. naturaliter 13. ff. de cond. ind. l. rem alienam 41. ff.* de

de pign. act. l. si Titio 22. *ff. de pignor.* quod notatu dignum. Cum autem debitor actione pigneratitia efficaciter experiri nequeat, nisi toto debito exsoluto, quæsitum est, an jus illud, quod debitor habet, offerendi scilicet pecuniam & pignus luendi, præscriptione triginta aut quadraginta annorum tollatur. Negant Rogerius in *dialog. tract. de præscript.* Gail. 2. *obs.* 18. Mynsing. 1. *obs.* 16. & DD. si fides Gailio, communiter. Affirmant Gloss. *in l.* 13. *ff. de usuc.* Costalius *ad l. mulier* 19. *ff. qui pot. in pign.* Bachov. 5. *de pign. c.* 20. Negusant. *p.* 6. *m.* 2. *n.* 19. quorum posteriorum sententia meo judicio probabilior est, eamque & communem esse air Negusantius. Negantium sententia, seu affirmantium, posse pignus perpetuo lui etiam post triginta annos, defenditur hisce fere rationibus. 1. Quia solvere debitum, vel non solvere, si creditor non urgeat, est meræ facultatis: rerum autem meræ facultatis nulla est præscriptio, *l.* 2. *ff. de via pub.* & sibi imputare debet creditor, si debitore cessante solvere, ipse eum non interpellaverit, & ad venditionem pignoris processerit, aut non reperto emptore jus dominii impetravit, juxta *l.* 3. *C. de jur. dom. impetr.* 2. Quia præscriptio actionis demum incipit currere, ubi actio nata est, *l.* 7. §. 4. *C. de præscr.* 30. *annor. l.* 1. §. *ult. C. de annal. except.* At actio pignoratitia demum post solutionem aut oblationem & depositionem pecuniæ nascitur, *l. si rem* 9. §. 3. & *seqq. ff. de pignor. act.* ac proinde ex eo demum tempore, quo pecunia oblata aut soluta est, utpote contra actionem jam natam currere incipiet præscriptio. 3. Quod cum possessio creditoris ad usucapionem prosit debitori, *l. qui pignori* 36. *ff. de acq. pos. l. servi* 16. *ff. de usuc.* absurdum sit dicere præscriptionem creditoris debitori etiam nocere, eique obstare, quominus cum creditore actione pigneratitia experiatur, ut disputat Cujacius ad *l. pignori* 13. *ff. de usuc.* Atque hæc sunt præcipua eorum argumenta, qui negant jus luendi pignoris ullius temporis præscriptione tolli. Cæterum quominus huic sententiæ subscribam, impediunt illæ constitutiones, quæ diserte volunt omnem actionem & omne jus sive privatum, sive publicum, 30. ad summum 40. an. spatio excludi, *l.* 3. *l.* 4. *C. de præsc.* 30. *an. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* Tale autem utique jus est etiam jus debiti offerendi & luendi pignoris. Et cum jus creditoris adversus debitorem & adversus tertium extraneum possessorem pignoris, item jus primi creditoris adversus secundum, atque ex contrario jus secundi adversus primum longissimi temporis præscriptione tollatur, nunc triginta, nunc quadraginta annorum, *l. notissimi* 7. *pr.* & §. 2. & 3. *de præscr.* 30. *annorum*, non video cur non etiam tanti temporis præscriptione tolli possit jus luendi pignoris. Falsum enim est, quod pro vero supponitur à contrariæ sententiæ auctoribus in primo eorum argumento, nempe jus luendi pignoris esse meræ facultatis eo significatu, quo rerum meræ facultatis negatur esse præscriptio. Descendit enim illud jus ex obligatione, quam debitor in judicium deducere potest: alioqui omnis actio & persecutio res meræ facultatis dicenda esset. Sed illud meræ facultatis esse dicitur, quod citra ullam obligationem aut conventionem cujusque libero arbitrio jure omnium communi permittitur, quale est facultas eundi per viam publicam, quæ facultas nec solo non usu amittitur, nec prohibitione aliena. Possum quolibet cœnaculo aut conclavi ædium mearum liberè uti, nec si aliquo eorum longissimo tempore usus non sim, jure meo excludor: non tamen eo sensu, quo dixi, illud jus meum res est meræ facultatis: nam si alter re mea usus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet præscriptio. Similiter jure libertatis licet cuique tam altè, quám velit, nullo statuto intercedente, ædificare: & quamvis aliquis per triginta annos non ædificaverit, non ideo tamen jus illud altius tollendi amittit. Estne ergo id jus meræ facultatis? Minime. Nam si te altius ædificantem prohibuero, & ex eo tempore altius ædificatum non habueris per spatium præscriptioni statutum, procedet contra te præscriptio servitutis. In rebus autem, quæ propriè dicuntur esse meræ facultatis, prohibitio nihil efficit, *l.* 2. *ff. de via publ.* Malè igitur hæc omnia à plerisque conjunguntur & tanquam paria habentur, quasi idem omnium esset effectus. Enim verò jus agendi de facto, ut loquuntur, seu ipsum agendi & nudum intendendi factum meræ facultatis est, eique nunquam præscribi potest, sed jus agendi cum effectu, ut obtineam quod peto, meræ facultatis non est, & præscriptione tolli potest, quale est jus luendi pignoris debitori ex contractu quæsitum. Sic si res aliqua venierit cum pacto de revendendo sine ulla temporis determinatione, puta ut fas sit venditori, quandocumque sibi libuerit, redimere, non nisi intra triginta annos redimere poterit, quia actio personalis, quæ ex hac conventione nascitur, *l.* 2. *C. de pact. int. empt.* tanto tempore tollitur, *l.* 3. *C. de præsc.* 30. *annor.* neque clausulæ, *semper*, *quandocunque* extendi debent ultra terminos jure publico præscriptos actionum durationi. Nec verum est, quod actio, qua quis oblato pretio ex pacto revenditionis petere potest rem venditam sibi res-

restitui, sit meræ facultatis: non enim in absoluta facti potestate posita est, sed jure obligationis consistit, estque jus ex contracta alteri ab altero debitum, ut rectè Bronchorstius, *cent.* 27. *assert.* 62. qui tamen non idem admittit in casu, quem hic tractamus principaliter, *cent.* 4. *assert.* 4. quod mirum est. Secunda contrariæ opinionis ratio eodem vitio, quo prima, laborat: quippe quæ & ipsa nititur falsa hypothesi, nempe actionem pignoratitiam tum demum nasci, cum pecunia debita aut oblata est: nam actio pignoratitia eandem cum jure luendi pignoris nativitatis horam habet, id est, statim nascitur atque re contracta est obligatio seu pignus creditori traditum, *l.* 1. §. *creditor.* 6. *de oblig.* & *act.* §. *ult. Institut. quib. mod. re cont. oblig.* Nec obstat quod dicitur in *l.* 9. §. 3. *ff. de pign. act.* pecuniam exsolutam esse debere, ut nascatur pignoratitia actio: nam id accipiendum est de effectu & actu secundo, quia soluta demum pecunia efficaciter intentari potest: At respectu actus primi statim, ut dixi, nascitur, nec aliud est quam jus luendi pignoris. Sic etsi obligatio & actio empti nascitur qu od actum primum simulatque de pretio convenit, *Inst. de empt.* & *vend. in præf.* & §. 3. nisi tamen emptor pretium offerat, cum effectu agere non potest, *l. Julianus* 13. §. *offerri*, *ff. de action. empt.* An igitur non currer præscriptio longissimi temporis adversus actionem ex empto, nisi ex eo tempore, quo pretium oblatum est: Neminem adhuc legi, qui id dicat. Illud verum est, quod non valenti agere propter impedimentum juris non currat præscriptio, veluti si obligatio diem habeat, *l.* 7. §. 4. *C. de præsc.* 30. *annor.* in specie *l.* 1. §. *ult. C. de annal. except.* ubi agitur de filiofam. cui ideo durante patria potestate præscriptio non currit, quia nec agere ea durante potest, quod est impedimentum juris. At debitori nullum obstat impedimentum juris, quominus agat, sed facti dumtaxat, puta quod non habeat pecuniam. Denique nec tertia ratio, quæ Cujaci est, contrariam sententiam multum juvat. Neque enim hoc dicimus; creditorem post triginta annos defendi jure aliquo acquisitionis aut propter usucapionem, sed solo tempore seu communi exceptione temporis quo ex lege Theodosii omnis actio finitur, atque ideo hic nec titulum nec bonam fidem requirimus? sed sicut in actionibus temporalibus anni vel biennii, velut injuriarum & doli, frustra de bona fide quæritur, ita & in hoc casu post triginta annos: alias nec actio commodati aut depositi tanto tempore finiretur. Itaque frustra est Bronchorstius, *cent.* 4. *assert.* 4. dum objicit, *l. nullo* 24. *C. de rei vind. l. un. C. de usuc. transform. l.* 1. *C. comm. de usuc.* quippe quibus locis agitur de usucapione aut longi temporis præscriptione, modis acquirendi dominii aut juris alicujus dominio proximi, qui sine justo titulo & bona fide, veraque possessione non procedunt. At nos agimus de actionis personalis præscriptione, quam sola parit negligentia non petentis & lapsus temporis. Sic etsi pretio possidenti nec longissimo tempore acquiritur proprietas, *l.* 2. *C. de pr.* 30. *annor.* interdictum tamen & actio personalis triginta aut quadraginta annis finitur, *l.* 3. & *l.* 4. *C. eod. tit.* Minus obstant, *l.* 10. & *l. ult. C. de pign. act.* imo magis obstant contrariæ sententiæ, quod etiam Cujacius fatetur: loquuntur enim Imperatores de actione pignoratitia jam nata & cum effectu competente, solutione scilicet jam facta, aut oblata consignataque pecunia, eamque longo tempore nolli negant, cum tamen nemo sit qui neget eam tolli tempore longissimo.

CAPUT VII.

An ἀντίχρησις sit species pignoris, & an aliqua sit antichresis tacita?

QUæstio hæc non est vulgaris, & digna quæ diligentissime excutiatur, propterea quod Interpretes nostri non intellexerunt, quid sit ἀντίχρησις, & falso sibi persuaserunt esse aliquam ἀντίχρησιν tacitam: quod primus observavit Claudius Salmasius *ἐ παρὰ lib. de mod. usur. c.* 14. Ut autem res tota penitus intelligatur, primum referam, quæ ab Interpretibus circa hanc rem tradita sunt, deinde quatenus à vero aberraverint, ostendam. Interpretibus omnibus antichresis est species pignoris, cum res ea conditione pignori datur, ut creditor percipiat rei fructus in vicem usurarum, donec debitor pecuniam solvat, *arg. l.* 11. §. 1. *ff. de pign. l. si pecuniam* 33. *ff. de pign. act.* Alias si tale pactum non intercesserit, constat non licere creditori pignore uti, §. 6. *Instit. de oblig. quæ ex del. nasc.* nec fructus eum lucrari, sed in sortem eos imputare debere, ita ut sortis obligatio minuatur, & quantum ex re pignorata fructuum percepit, tantum ei in solutione sortis decedat, atque detrahatur, *l.* 3. *l.* 12. *C. de pign. act. l.* 1. *C. de distract. pign.* Atque hæc iis est antichresis expressa, quæ valeat, etsi perceptio fructuum legitimum usurarum modum excedat propter incertum fructuum eventum, *l. si ea lege* 17. *C. de usur.* quamquam domum hoc casu creditor ipse inhabitare, non aliis locare debeat, aut alias quod ultra modum usu-

usuræ mercedis nomine accipit, in sortem imputare, *l. si ea* 14. *C. eod. tit.* Est & Interpretibus nostris tacita quædam antichresis, quando scilicet nihil de usuris, nihil etiam de fructibus usurarum vice percipiendis dictum est; sed pecunia gratuita, id est, sine ulla usurarum expressa mentione credita est, & res talis pignori data, quæ fructus ferat, quasi ipsa datione, cum res pignori datur, quæ fructus profert, illud convenisse tacite intelligatur, ut fructus loco usurarum & compensationis cujusdam vice, retinere creditori liceat: si enim debitor eo animo noluisse tradere pignus fructuum ferax, protestari eum debuisse ajunt, nolle se ex pignoris sui fructibus quicquam sibi decedere. Sed hanc tacitam conventionem ἀντιχρήσεως non efficere, ut legitimus usurarum modus excedatur. Rationem hanc esse, quia cum creditor usuras stipulatus non sit, sed gratuitam pecuniam mutuo dederit, humanitate debitoris, qui fructus ei ex re pignerata beneficii loco percipere concessit, contentus esse debet, cum sibi nulla conventione prospexerit, & totum hoc, quantumque percipit, ex debitoris humanitate percipiat, *l. cum debitor.* 8. *ff. in quibus causis pign. tac.*

Sed non unus interpretum hic error est, 1. quod crediderunt ἀντίχρησιν nihil aliud esse, quam contrarium usum, cum ea voce significetur contrarium mutuum: quippe χρῆσις Græcis non solum est usus, ἀπὸ τοῦ χρῆσθαι, sed etiam mutuum, ἀπὸ τοῦ χρῆσαι, quod est à χράω seu κίχρημι, commodo, do mutuum, utendum do, δανείζω, unde χρήστης creditor. Hinc ergo & ἀντίχρησις, contrarium mutuum. Marcianus in *l. si pecuniam* 33. *ff. de pign. act.* tropica locutione pro fundo ἀντιχρηθέντι accepit, uti & χρῆσις ipsum mutuum est, & res quæ mutuo datur. Idem Marcianus in *l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* ita scribit: *Si ἀντίχρησις facta sit*, &c. Hic sane antichresis non potest accipi pro mutuo usu. Quid enim esset mutuum usum facere? At mutuum facit, qui mutuum dat; ergo antichresin facit, qui dat è contrario mutuum debitor tradendo fundum aut ædes, ut ex fructibus aut pensionibus creditor compensationem usurarum percipiat. Cæterum impropriè ἀντίχρησις dicitur contrarium mutuum, quia mutuum tantum in rebus, quarum usus in abusu consistit, locum habet, quanquam Latini etiam in his, quæ solo continentur, eum ad usum commodant ut Auctor Dialogi de Oratore; *Domum mutuatur & auditorium extrait, & subsellia conducit*: ut & commodare pro mutuodare, Cicero *Verrin.* 5. *Commodasti tritici modios sexaginta.* Caper vetustissimus Grammaticas *Commoda*, χρῆσαι.

2 Quod crediderunt in pura antichresi creditorem habere jus pignoris. Nam si jus pignoris creditor in antichresi sive contrario mutuo haberet, utique possessione ἀντιχρήσεως amissa, eam repetere posset actione hypothecaria. At in *l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* non hypothecaria, sed in factum actione illo casu agi solere scribit Jurisconsultus. Et hoc tantum ait creditorem pignoris loco retinere possessionem, donec ei pecunia solvatur: quod & Cujacio suboluit, *lib.* 3. *obs. cap.* 35. *in fin.* quanquam purat tentari posse hypothecariam quoque creditori competere, nulla tamen nixus auctoritate, nisi Marciani in *l. si pecuniam* 33. *ff. de pign. act.* ubi τροπικῶς Jurisconsultus ἀντιχρήσιν appellat pignus ἀντιχρηθέντι, sive fundum cum pacto ἀντιχρήσεως, oppigneratum. Non obstat *l. Cajus Sejus.* 39. *ff. de pign. act.* nam in specie, quæ illic proponitur, pignus revera non intervenit, nec ab initio vera antichresis fuit, sed postea pactum intercessit, ut creditor pignus suum, hoc est, fundum debitoris, in compensationem pecuniæ ad certum tempus possideret vice ἀντιχρήσεως. Pura vero antichresis non est pactum in pignore, cum nec ipsa pignus sit, sed contrarium mutuum V. C. das mihi pecuniam mutuam sub conditione, ut accipias fundum in antichresin, cujus fructus percipias pro præstatione usurarum, quas à me legitimas stipulari potes. In hac χρήσεις & ἀντιχρήσει nulla pignoris mentio, nec ullum pignus. Speciem veræ puræque ἀντιχρήσεως nobis exhibet *l. si ea pactione* 14. *Cod. de usur. & d. l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* At in *l. si ea lege* 17. *Cod. de usur.* ut verba ipsa ostendunt, non agitur de pura ἀντιχρήσει sed de pignore ἀντιχρηστικῷ, sive cum pacto ἀντιχρήσεως.

3. Errant, quod putant esse aliquam tacitam antichresin. Nam nulla potest esse tacita antichresis, quæ quidem vera sit. Quemadmodum enim nulla χρῆσις est tacita, ita nec ulla vera ἀντίχρησις, sed oportet conventione id actum esse. Si aliqua tacita est antichresis secundum Doctores, ut creditor fructus ex re pignerata sine conventione expressa percipere & in usuras imputare queat, quonam casu procedat illud, quod tot locis simpliciter traditum est, creditorem fructus ex re sibi pignerata perceptos in sortem imputare debere, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *l. ult. C. de pign. act. l.* 1. *C. de distr. pign.* an eo solo, quo protestatus est debitor se nolle pignoris sui fructus lucro cedere creditoris? Hoc autem dicere valde absurdum, ne dicam ineptum est. Neque enim ex pignoris conventione conventio tacita super usuris facta intelligi potest; quoniam pignoris finis est, ut creditori

cau-

cautum sit de sorte, ne moretur in damno: nec adeo rationi convenit, ut ad alium finem dationem pignoris torqueamus, ut credito lucretur fructus pro usuris, & ita circumveniatur miser debitor, & dum se gratuitam pecuniam putat accepisse, gravissimis usuris subjiciatur, id est, centesimis. Non adversatur, *l.* 11. *Cod. de usur.* nam locus iste intelligendus est de prædiis obligatis cum pacto ἀντιχρήσεως, cum sc. convenit, ut in vicem usurarum creditor fructus perciperet: & hoc tantum dicitur oblatione pecuniæ antichresin dissolvi, & pignus ἀντιχρησιαδικὸν mutari in simplex. Frustra autem putant Doctores nostri sententiam suam de tacita antichresi confirmari, *l.* 8. *ff. in quib. caus. pign. tac.* Thema hujus legis est, Titius gratuitam pecuniam credidit Sejo, & ab eo accepit pignori fundum. Etsi de usuris nihil convenit, potest tamen Titius, si nolit amplius gratuitam esse pecuniam, & Sejus debitor interpellatus moram solutioni faciat, de fructibus rei pigneratæ usuras ex eo tempore retinere, dum ad legitimum modum id faciat. Ampliores autem quam sunt legitimæ usuræ fructus percipere non potest, ut in vera antichresi, quia tale nihil convenit. Tantum id servare potest, quod ipsius interest pecunia sua alium se invito non uti. In antichresi non potest mutuum repetere creditor, quamdiu possessionem ἀντιχρήσεως retineret. Aliud vero est in gratuita pecunia, quæ ut plurimum arbitrio creditoris repeti solet. Sed nec tacitum pignus aut tacita hypotheca hæc, de qua agitur, dici potest. Nam de eo conventio expresse facta videtur, ut pignus illud traderetur creditori pro pecunia credita. Quippe nisi ex pignore tradito non potuisset creditor retinere fructus nomine usurarum: Cæterum cum fructus prædiorum oppigneratorum nominatim pignori dari possint, *l.* 1. §. 2. *ff. de pign.* & cum pro usuris pignora quoque accipi jus sit, *l. grege* 13. §. *ult. ff. eod.* tacito velut pignore fructus rei pigneratæ potest creditor in compensationem usurarum retinere, etiamsi ex pacto non debeantur. Nec tamen potest ultra legitimas, quia vel hoc ipsum, *usque ad legitimas*, in usuris quæ pactæ non sunt, si æquum visum est, ulterius iniquum foret. Atque ut in bonæ fidei judiciis ex mora usuræ debentur & peti possunt, ita in gratuitæ pecuniæ mutuo, si moram fecerit debitor, usuras de quibus non convenit, creditor per retentionem servare potest ex fructibus rei oppigneratæ. Sic cum usuræ exigi non possint in strictis judiciis nisi in stipulationem deductæ, possint tamen per retentionem pignoris servari, *l.* 3. *l.* 4. *C. de usur.* non dissimili ratione per retentionem fructuum rei pignori datæ posse usuras, de quibus præstandis nihil convenit, servari, atque admodum legitimum compensari, licet exigi non possint, velle videtur Paulus in *d. l.* 8. *ff. in quibus caus. pign. tac.* Illud dissimile est, quod in *d. l.* 4. *C. de usur.* saltem pacto de usuris convenerat: sed tunc usuræ per retentionem pignoris servari possunt etiam ubi mora non intervenit. Hotomannus *lib.* 4. *obs. c.* 4. contendit apud Paulum in *d. l.* 8. *ff. quibus in caus. pign. tac.* deesse negationem, & Jurisconsultum ita scripsisse, *Cum debitor non gratuita pecunia utatur.* Quod & Salmasius magis probat, quasi Paulus. cum sic loquitur, rationem afferat cur de fructibus rei pigneratæ usuras retinere creditor possit, quia scilicet non utebatur debitor pecunia gratuita, & usuras pactas non solvebat. Quod si ponamus usuras non esse pactas, aut pactas à debitore solvi, procedere debere dispositionem, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *C. de pign. act. l.* 1. *C. de distract. pign.* nec obstare, quod supra aliquoties dictum est, antichresin liberam esse legibus, quæ certum modum usuris posuerunt, *l.* 14. *l. si ea lege* 17. *de usur.* Illud enim verum quidem esse in pura veraque antichresi, aut etiam in pignore ἀντιχρηστικῷ actum fuit, ut pro usuris pecuniæ creditæ, fructus fundi in antichresim traditi cederent lucro creditoris, ut in *d. l.* 14. *& l.* 17. At hic quæstionem esse de usuris, quibus solvendis debitor moram facit, cum de fructibus in compensationem usurarum percipiendis nihil dictum est. Cum igitur de fructibus fundi oppignerati circa pactum ἀντιχρήσεως debitore non solvente, usuras retinere posse dicatur creditor, non posse eum excedere legitimas usuras, quæ solæ ipsi debentur. Quod superfuerit ex fructibus sorti imputandum esse. Ita Salmasius *lib. de mod. usurar. c.* 14. cui prope est ut assentiar.

CAPUT VIII.

An & quando evictioni sit locus in hæreditate vel actione vendita, & donatione vel legato?

EVincere est rem jure judicioque auferre. Locum autem præcipue habet evictio in emptione. Nam cum emptor non solum rem emptori tradere teneatur, sed etiam emptori præstare, rem habere, tenere & usucapere licere, *l.* 11. §. 2. *l. servus* 30. §. *ult. ff. de act. empt.* ideo si res evincatur, merito emptori evictionem præstat: quæ præstatio pars est obligationis empti & venditi, *l. in vendendo* 66. *ff. de contr. empt. l.* 6. *C. de evict.* Cæterum & in aliis quoque contractibus evictio præstatur, ut in

in permutatione & in solutum datione. De permutatione est textus in *l. si permutationes* 29. *C. de evict.* Ratio est, quia permutatio emptioni fere est similis, *l.* 5. *ff. de rer. permut.* Illa tamen differentia est, quod de re empta evicta datur actio ex empto. *d. l.* 6. *C. de evict.* at de re permutata evicta datur actio præscriptis verbis, *l.* 5. §. 1. *ff. de præscr. verb.* Datio quoque in solutum venditioni comparatur, *l.* 4. *C. de evict. l. eleganter* 24. *pr. ff. de pign. act. l.* 4. §. *auctoris* 31. *ff. de dol. mal. except.* & ideo placuit etiam in datione in solutum evictionem præstari, *d. l.* 4. *C. de evict.* atque ei, cui res in solutum data evincitur, utilem ex empto actionem de evictione dari, *d. l.* 24. *pr. de pign. act. d. l.* 4. *C. de evict.* de quo tamen vide Cujacium *lib.* 19. *ob.* 38. Sed & in judicio familiæ erciscundæ, quoniam rerum hæreditariarum inter cohæredes divisio quasi quædam venditio est, *l.* 1. *C. com. utriusque judic.* æquum visum est eos inter se evictionis periculum præstare, *l. hæredes* 25. §. *idem curare* 21. *ff. fam. ercisc. l. si familiæ* 14. *C. eod.* Et idem quoque obtinet in judicio communi dividundo, *d. l.* 1. *C. comm. utriusque judic.* Excipiuntur tamen nonnulli casus, quos hic recensere præter institutum esset, *vid. l. cum pater* 77. §. *evictis* 8. *ff. de legat.* 2. *l.* 7. *& ibi* Bart. *& DD. C. comm. utriusq. jud. d. l.* 14. *C. famil. ercisc. l. si fundum* 27. *C. de evict.*

Sed quid in hæreditate vendita? Multum interest, utrum certæ quædam res hæreditariæ veneant, an ipsa hæreditas. Priore casu venditor tenetur ex empto, ut eas res suo sumptu & periculo persequatur, & vacuam earum possessionem emptori tradat, *arg. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *pr. ff. de act. empt. arg. l.* 1. *junct. auth. nunc si* 9. *de litigios.* item tenetur venditor, ut in singulis rebus hæreditariis venditis præstet evictionem; quia quot sunt res, tot sunt evictiones aut evictionum causæ, *l.* 1. *C. de evict.* Posteriore autem casu si hæreditas veneat, non tenetur venditor ullam rem hæreditariam emptori tradere, nisi quam habet in sua potestate. Et rursus non tenetur in singulis rebus hæreditariis præstare auctoritatem seu evictionem. Ratio differentiæ est, quia hæreditas nomen juris est, & qui hæreditatem vendit, non vendit res corporales, quæ in hæreditate continentur, sed jus successionis, quod est incorporale, atque hoc jus esse, id est, esse hæreditatem, & se hæredem esse, dolumque malum præstare tenetur, non etiam tradere corpora hæreditaria, nisi ea, quæ ad ipsum pervenerunt, vel quo dolo fecit, ne ad se pervenirent, ita cape textum in *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. de hær. vel act. vend.* Cæteras autem res hæreditarias, quæ ad hæredem non pervenerunt, nec dolus fecit quominus pervenirent, non tenetur emptori hæreditatis tradere, sed liberatur præstando & cedendo emptori earum rerum persecutiones, *l.* 2. §. 3. *ff. eod. tit.* Emptor autem eas suo sumptu & periculo persequitur, *l.* 1. *C. de evict.* Et rursus si evincantur emptori, quæ traditæ illi sunt, venditor eo nomine de evictione non tenetur neque ab initio de evictione cavere sive repromittere cogitur, *d. l.* 1. *C. de evict.* ubi excipitur nisi nominatim convenerit, ut evictio rerum singularum præstetur. Donellus post alios in *d. l.* 1. Ratio est, quia si res, quæ evicta est, non fuerit hæreditaria, nec veniit, non enim plus aut minus juris habet emptor, quàm venditor, *l.* 2. *pr. ff. de hæred. vel act. vend.* Si autem fuit hæreditaria, & per injuriam judicis evicta est, non tenetur venditor, quia injuria, quæ condemnato facta est, potius apud illum manere, quam ad alium transferri debet, *l. si per imprudentiam* 51. *pr. ff. de evict. l.* 15. *C. eod. l. exceptione* 67. *ff. de fidejussor.*

Quod de hæreditate vendita dictum est, id etiam obtinet, si quodlibet aliud jus veneat, non corpus; veluti si veneat peculium servi, quod est nomen juris non corporis: item si veneat nomen debitoris, quod etiam juris est, ut syngrapha seu cautio. Etenim venditor dumtaxat præstare debet, ut sit peculium, vel ut sit nomen; item dolum malum, non etiam ut obtineatur aliquid, vel feratur ex peculio aut nomine seu actione vendita, *l.* 5. *ff. de evict. l.* 4. *ff. de hæred. vend.* Et est textus optimus in *l. si plus* 74. §. *ult. de evict.* Unde nec beneficium, *l.* 2. *C. de resc. vend.* locum habere in hæreditate vel actione vendita rectè statuunt juris interpretes. Una hic exceptio est, nisi nominatim convenerit, quid quantumve in hæreditate vel actione vendita contineatur, atque ut id se præstiturum, ut obtineri possit, emptori venditor promiserit, *l.* 2. *C. de evict. l. nisi* 15. *ff. de hæred. vend. l.* 5. *l. si plus*, C. 74. *pr. ff. de evict.* Quod si hæreditatem vel actionem sibi non competentem vendidit, nullum dubium est, quin hoc casu evictionem præstare debeat, per jura allegata.

Quid verò in donatione? Donatio emptioni plane dissimilis est, cum sit ex causa lucrativa. Itaque si quis rem alienam donavit, eaque donatario evicta est, non tenetur donator de evictione, etiamsi id pacto comprehensum sit, sed opus est stipulatione, *l.* 2. *C. de evict.* quoniam odiosum est, donatorem ex sua liberalitate hanc molestiam pati, quanquam discrimen illud stipulationis & pacti moribus sublatum est. Etsi

au-

autem donator de evictione citra stipulationem non tenetur, tamen si sciens rem alienam donavit nescienti, tenetur actione de dolo ad id, quod interest, si donatarius sumptus fecerit in rem donatam, *l. Aristo.* 18. §. *ult. ff. de donat. l. ad res* 62. *ff. de ædil. edict.* bene Donellus ad *l.* 2. *C. de evict.*

Eadem ratione, quia legatum species quædam donationis est, hæres rei certæ legatæ, puta Stichi, evictionem non præstat, *l. cum pater.* 77. §. *evictis* 8. *ff. de leg.* 2. *l. si à substituto.* 45. §. 1. & 2. *ff. de leg.* 3. nisi testator sciens rem alienam esse, eam legaverit ab hærede: quia ex conjectura voluntatis præsumitur testator hæredem onerare voluisse periculo evictionis, per *l. Sticho* 36. *in fin. ff. de usufr. leg.* Quod si generaliter res legata sit, puta servus, hic placet etiam hæredem evictionem præstare, *l. heres* 58. *de evict. l. si domus* 71. §. 1. *ff. de legat.* 1. Quod autem supra dixi, donatorem non præstare evictionem, quoties stipulatio de evictione non intercessit, id simpliciter procedit & verum est, sive à traditione, sive à promissione donatio inceperit. Nam si donator ultro sine pacto rem donans & tradens, ea evicta non tenetur. Ergo nec nunc tenebitur, cum ex pacto tradidit. Dedit quidem Justinianus ex hoc pacto actionem, ut res traderetur, non autem ut ea evicta præstaretur evictio, *l.* 35. *C. de donat.* Donell. *ad l.* 2. *C. de evict.* dissentit Caballin. *de evict.* §. 3. *n.* 3.

CAPUT IX.

An & quomodo fœnus differat ab usura?

Veteres usuram pro usu dixisse certum est, qua in significatione passim ea voce utitur Cicero, ne quis putet nimis cæcam, *lib.* 1. *Tusculan. Natura*, inquit, *dedit usuram vitæ, tanquam pecuniæ nulla præstituta die.* Idem pro *Rabir.* & *Verrin.* 7. *usuram lucis l.* 3. *epist.* ad Appium Pulchrum, *usuram temporis* dixit, pro usu. Plauto uxor usuraria, cujus usuram, id est, usum corporis ad tempus aliquis cepit. Idem in *Trinummo*: *Nec adeo hancce emi mihi, nec usuræ meæ*, id est, ad usum meum. Et hac significatione creditor ipse usuram dat, nullumque mutuum est sine usura, id est, sine usu. Usura vero, quam debitor pro usu pecuniæ solvit, longe aliam notionem habet. Vectura vocatur merces, quæ pro vectione datur, ναῦλον, latura; quod pro onere ferendo accipiebat bajulus, φόρετρον. Mercatura lucrum de merce, ut notat Nonius. Similiter & usura est merces, quæ pro usu pecuniæ datur. Et observare licet vetere auctores, usuram de usu in numero singulari potius usurpasse, usuras verò dicere maluisse numero plurativo, quæ ob usum fœnebris pecuniæ debentur, qui τόκοι. Græcis. Cicero *Verrin.* 4. *Quis enim hoc fecit unquam, ut eum Senatus publicanos usura sæpe juvisset, magistratus à publicanis pecuniam pro usuris audeat auferre?* Qui pecuniæ usura aliquem juvat, is est, qui pecuniam illi dat utendam. Usuras pro pecunia aufert, qui exigit mercedem pro usu pecuniæ. Usura igitur propriè loquentibus est χρῆσις usuræ τόκοι. Hinc usuræ trientes, quincunces, semisses, &c. Centesimas singulas dixit Cicero *in epistolis ad Atticum*, & binas centesimas 5. *Verrin.* Ita bene & eruditè D. Salmasius, *lib. de usur. c.* 4. Cæterum usuræ aut usurarum appellatione non tantum significatur ea quantitas, quæ pro usu fœnoris pecuniæ solvitur, verum etiam ea, quæ ex alia causa, quam mutui, ex conventione aut mora debetur. Itaque sic rectè definietur usura, pecunia, quæ pro usu sortis, aut alias ultra sortem præstanda est. Sors hic significat quantitatem principaliter debitam, usuræ sunt accessio sortis, & ideo sublata obligatione sortis & ipsæ deberi desinunt, *l. tutor.* 41. §. 1. *ff. de usur. l. acceptam.* 19. *C. eod. l.* 4. *C. de compens.*

Fœnus a fœtu dictum putant Varro, Gellius, Nonius, quasi fœtura quædam pecuniæ, ut Græci τόκον ἀπὸ τοῦ τίκτειν dicunt. Doctissimus Salmasius loco supra citato dictum putat à Græco φοῖνος, quod idem valet, quod ποινὴ, quod probabilius est. Nam ποινὴ non tantum pœnam, sed etiam mercedem, pretium significat, sicut τιμὴ & pretium pro pœna ponitur. Terentius in Andria, *Ego pretium ob stultitiam fero*, id est, pœnam. Perfidiæ pretium, id est ultio, apud Ovidium. Nec verum est, quod fœnus sit fœtus pecuniæ, aut idem quod Græcis τόκος ut mox clarè demonstrabitur. Crediderunt interpretes, atque inter eos etiam oculatissimi quique, usuram esse nomen generis fœnus speciei, & omne quidem fœnus esse usuram: at non contra omnem usuram esse fœnus. Fœnus ajunt significare eam usuram, quæ accipitur pro mutuo: unde passim fœneratores appellantur, qui pecuniam dant mutuam sub usuris. Quamvis enim in specie fœnus hoc appelletur, tamen usuram quoque appellari, quasi hic fœnoris & usuræ appellatio confundatur, *arg. l.* 6. *pr.* & *l.* 7. *ff. de naut. fœn.* ubi Paulus usuras maritimas appellat fœnus nauticum, arg. rubricæ quæ est de fœnore nautico. Eas autem usuras, quæ ex mora aut re ipsa debentur, nunquam appellari fœnus, nec qui eas accipiunt aut petunt, fœne-

neratores dici. Sed insignis hic interpretum error est, quem detexit Salmasius, *d. loc.* Etenim fœnus non simpliciter significat usuram pecuniæ creditæ, sed pecuniam creditam sub usuris, æs alienum sub usura contractum δάνειον ἔντοκον. Usura est merces fœnoris. Tacitus *de morib. German. Fœnus agitare & in usuras extendere ignotum, ideoque magis averſantur, quam ſi vetitum eſſet.* Idem *lib.* 6. *Annal. ut debitores duas partes fœnoris ſolverent dixit*, pro quo Suetonius in eadem re narranda, *æris alieni duas partes.* Titulus ff. qui tractat de trajectitia pecunia, inscriptus est *de nautico fœnore* non *de nautica uſura*, & apud Græcos περὶ ναυτικοῦ δανείου, non περὶ ναυτικοῦ τόκου. Quare, quia in communi mutuo usuræ successive currunt, & pro rata temporis solvuntur seorsim ab ipsa sorte, cum in trajectitia pecunia de sorte simul solvenda cum usuris in exitu navigationis fiat conventio. Nimirum totum fœnus simul solvebatur & semel, hoc est, sors, ipsa cum usuris. Utique in *l.* 3. *C. de naut. fœnor.* nauticum fœnus, quod datum dicitur, non potest accipi pro usura nautica. Id enim dedit creditor, qui usuram dedisse dici non potest: & quod initio appellatur fœnus nauticum, postea dicitur pecunia fœnebris. Igitur nauticum fœnus est pecunia fœnerata sub usuris nauticis. Frivola autem illa collectio est, sub titulo de fœnore nautico fit mentio usurarum maritimarum, ergo usuræ maritimæ sunt idem, quod fœnus nauticum. Quare enim sub eo titulo non possit fieri mentio earum usurarum, quas fœnus nauticum parit. Res est clara, si fœnerari est δανείζειν, fœnus est τὸ δάνειον, & quidem ἔντοκον, nam gratuitum est ἄτοκον. Unde apparet verum esse quod modo dicebamus: fœnus non esse fœturam pecuniæ, sed usuras esse fœtus & partus fœnoris, τὰς τόκους δανείου. Ac neque in hisce locutionibus, *fœnore dare, fœnore pecuniam occupare*, fœnus pro usura accipitur, sed pro mutuo fœnebri. Neque dicunt Latini pecuniam usuræ dare, aut usuris eam occupare: non enim est occupata usuris, sed credito, ut usuras pariat: recte auem dicimus, credere pecuniam sub usuris, δανείζειν ἐπὶ τόκῳ. Sic sumere pecuniam fœnore dicimus δανείζεσθαι παρά τινος non sumere usura. Sic locare pecuniam fœnore dicitur, qui credendo locat, ut mercedem, id est, usuram recipiat. Usura locare pecuniam nemo dixerit. In fœnore pecuniam habet, aut nummos in fœnore positos, qui eos habet in rebus creditis: neque enim in usuris tantum habere pecuniam existimandus est, sed etiam in sorte ipsa. Valerius Maximus *lib. memorab.* 8. de Considio quodam. *Cum centis atque quinquagies ſeſtertii ſummam in fœnore haberet, neque de ſorte quenquam debitorum ſuorum, neque de uſura à ſuis appellari paſſus eſt.* Ergo fœnus & sortem & usuras comprehendit. Veteres dicunt, usuræ trientes, fœnus trientarium. Usuræ trientes sunt, quæ trientem centesimarum dant: fœnus trientarium, quod usuras trientes reddit. Sic fœnus unciarium, quod usuras uncias exigit. Tacitus *lib.* 5. *annal. Duodecim tabulis ſanctum, ne quis unciario fœnore amplius exerceret.* Denique fœnus exercere dicimus; usuras exercere, dicere non licet. Exercemus terram, quæ colitur, ut fructum reddat: non exercemus fructus. Plura si quis desideret, adeat Salmasium *lib. de uſur. cap.* 2. plane non negamus interdum fœnus pro usura poni; sed cum id fit, tropica est locutio; quia nunquam fœnus est sine usura.

CAPUT X.

An & quatenus mora debitoris noceat fidejuſſori?

OMnes debitores, qui certam rem debent, liberari ejus rei interitu sine culpa eorum & ante moram ab iis commissam contingente sæpe responsum est, *l.* 5. *ff. de reb. cred. l. ſi ex legati* 23. *ff. de verb. obligat. l. penult. ff. de ſolut.* Ex contrario veterum regulam est, moram perpetuare obligationem, licet casu fortuito res extincta sit: quod hanc habet sententiam, si res debita postea perierit, quam per debitorem stetisset, quominus eam daret, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret, *d. l. nemo* 23. *l.* 82. §. 1. *l. ſi ſervum* 91. §. 3. & *ſeqq. ff. de verb. obl.* ubi circa finem quatuor effectus hujus perpetuationis recensentur. 1. quod adhuc res ipsa peti possit. 2. quod accepta ferri. 3. quod adhuc fidejussor ejus obligationis possit accipi. 4. quod possit novari, id est, in aliam obligationem transferri. Fidejussoribus quoque perpetuari obligationem in *d. l.* 91. §. 4. *in fin.* responsum est, & alibi ab eodem Jureconsulto, cum reus moram facit, & fidejussorem teneri, *l. ſi quis ſolutioni* 24. §. 1. *ff. de uſur.* Sed quid verbis illis intelligit Jurisconsultus? an quemadmodum ex mora ipsius rei obligatio sic augetur, ut usuras quoque in bonæ fidei judiciis ex eo tempore debere incipiat ita quoque augeatur obligatio fidejussoris propter moram rei, ut & ille quoque ad usuras jam teneatur? Nequaquam: sed hæc Jurisconsulti sententia est, sicut mora principalis debitoris efficit, ut licet res debita casu perierit, dummodo post moram obligatio in persona debitoris perpetuetur, ut nihilominus rei

de-

debitæ & peremptæ æstimationem debeat, ita eum eodem effectu obligationem perpetuari & durare in persona fidejussoris, *l. si à colono* 58. §. 1. *ff. de fidejuss.* & hactenus quoque moram rei nocere fidejussori, *l. mora rei* 88. *ff. de verb. obl.* quod & in cæteris accessionibus obtinet, veluti in mandatore, & patre, qui de peculio obligatus est ex contractu filii *l. cum filiusf.* 48. *pr. d. l. si servum* 91. §. 4. & 5. *ff. de verb. obl.* Quod si quis hujus juris rationem quærat, cur scilicet post moram debitoris re perempta obligatio perpetuetur etiam in persona fidejussoris, inveniet illam apud Paulum in *d. l.* 91. §. 4. hanc nempe, quia in toram causam spopondit, id est, in omnia, quæ principaliter in obligationem deducta sunt. Atque hoc quidem, quod diximus, reo moram faciente obligationem perpetuari etiam fidejussoribus, omni dubio caret. De eo autem inter omnes non convenit; an sicut reus principalis ob moram in bonæ fidei judiciis usurarum quoque nomine tenetur, *l. mora* 32. §. 2. *ff. de usur.* ita & de his ob moram debitoris teneatur fidejussor? Sed hoc omnino negandum est, propter rationes subjectas. 1. Quia ob moram aut culpam rei non oportet augeri obligationem fidejussoris, ut diserte responsum est in *l. centum Capuæ* 8. *ff. de eo quod cert. loc. l. ult. ff. de fidejuss.* Atqui si fidejussor ex mora rei usuras præstare teneretur, augeretur utique fidejussoris obligatio propter moram contra d. textum 2. Si mora rei obligaret fidejussorem ad usuras, teneretur fidejussor etiam ad usuras præstandas, quamvis ad eas se non obligavisset. Atqui non tenetur fidejussor ad usuras, nisi ad eas quoque se obligaverit, *l. si mandator.* 8. *C. quod cum eo qui in al. potest.* ibi, *Si te his omnibus obligasti.* Igitur ex contrario, si te his omnibus non obligasti, non teneris. 3. Arg. *l. fidejussores*, §. 1. *ff. de fidejuss.* ubi negat Jurisconsultus, fidejussores qui in sortem se obligaverant, in usuras teneri. 4. Ut alieno nomine conveniri non potest, qui omnino pro alio se non obligavit, *l. nec intentio* 23. *C. de transact. l. pen C. ne ux. pro mar. l.* 1. *C. ne fil. pro patr.* ita nec is qui pro alio se obligavit, ultra quam in quantum se obligavir, conveniri potest: quia hactenus verum est eum obligatum non esse: siquidem partis eadem ratio est, quæ totius, *l. quæ de tota* 76. *ff. de rei vind.* Ex his efficitur, fidejussorem in usuras non teneri ex mora rei, nisi in eas quoque se obligaverit. Hinc quæritur, quando fidejussor censeatur etiam ad usuras se obligasse? Et quidem si ad certam summam dumtaxat se obligavit, in usuras se obligasse non videtur, *l. fidejussores* 68. §. 1. *ff. de fidejuss.* Quid igitur? Tunc in usuras quoque teneetur fidejussor, cum vel expresse in has quoque se obligavit, vel se obligavit in omnem causam, *l. quæro* 54. *pr. ff. locat. l.* 5. *C. de pact. int. empt. & vend. l.* 2. §. *pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert.* In omnem autem causam se obligasse intelligitur, qui hoc modo fidejussit, *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit l. tantum fide tua esse jubes?* vel ita, *indemnem me præstabis? d. l. quæro.* Quanquam non semper ad hoc, ut fidejussor in totam causam obligatus intelligatur necesse est, ut hujuscemodi verba diserte exprimantur, de quo plura paulo post. Quod si stipuletur creditor, quicquid debitorem dare facere oportet, non in omnem causam, sed in præsentem dumtaxat obligationem spopondisse fidejussor intelligitur. At si addat creditor, *oportebitve*, in omnem causam fidejussio facta censetur, *l. si stipulatus* 76. §. 1. *l. si à colono* 89. *ff. de verb. oblig.* Igitur cum moræ duplex sit effectus, unus ut in bonæ fidei contractibus usuræ & fructus prædentur: alter in omnibus tam stricti juris, quam bonæ fidei judiciis, species debita post moram perempta adhuc debeatur; prior moræ effectus fidejussori, nisi in omnem causam fidejusserit, non nocet, posterior nocet. Excutiamus jam locos aliquot, qui huic sententiæ obstare videntur. Ex his unus est ille Pauli in *l. si servum* 91. §. *nunc videamus* 4. *in fin. ff. de verb. oblig.* ubi Jurisconsultus agens de fidejussore in rem certam accepto, ait eum in totam causam spopondisse. Respondeo, vocabulum causæ non uno modo semper accipit: sed aliquando refertur ad rem ipsam, quæ in obligationem deducta est, & condemnationem quæ circa ipsam versatur, ut in *d. l. si servum*, §. 4. Aliquando significat omnem utilitatem rei & negotii, de quo agitur, ut in *d. l. quæro*, *ff. locat. l. præterea* 20. *ff. de rei vind. l. videndum* 38. §. *si actionem* 7. *ff. de usur.* Itaque pro re subjecta illud explicandum erit. Atqui in *d. l. si servum* §. 4. non quæritur de usuris aut accessionibus rei in obligationem deductæ; sed de re ipsa & condemnatione re post moram perempta facienda, nempe an interitu rei, qui post moram accidit debitoris, liberetur fidejussor, nec ne, ut apparet ex ipso textu & §. precedente. Adde quod de usuris quæri non potest, nisi pecunia debeatur, nec de rei interitu, nisi certa debeatur species; cum nec quantitas debita perire possit, *l. incendium* 11. *C. si cert. pet.* nec usurarum quæstio moveri, ubi non debetur quantitas.

Eadem fere responsio est ad *l. si quis* 56. §. 2. *ff. de fidejuss.* ibi *in omnem enim causam acceptus videtur.* Ecce enim non dicit Jurisconsultus, fidejussorem in omnem causam obligatum esse sim-

simpliciter, sed addit, quæ ex numeratione nasci potest. Unde apparet hoc referendum esse ad principalem obligationem, non ad accessiones ejus, ut hic sit sensus, fidejussorem se obligasse videri in casum tam consumptorum nummorum, quam extantium, id est, & acceptionis, si pecunia fuerit dantis, & consumptionis, si aliena. Magis adversari videtur *l. amisisi* 52. §. 2. *ff. de fidejuss.* Papinianus ait, fidejussores à colonis datos etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri, id est, ob æstimationem instrumentorum, quæ prædiis sic attribuuntur, ut dos nuptiis *l.* 2. §. *ult. l. Sejæ* 20. §. 1. *ff. de instruct. vel instrum. leg.* Respondeo. Papinianus non loqui de fidejussore, qui in certam summam pro mercede locationis è colono præstandam intervenit, sed de eo, qui à colono datus est in causam conductionis, vel in conductionem simpliciter: qui perinde tenetur, ac si promisisset locatorem indemnem fore. Neque enim, ut ante dixi, ad hoc ut fidejussor in omnem causam intercessisse videatur, & consequenter in usuras quoque & alias accessiones se obligasse, necesse est in bonæ fidei contractibus nominatim hæc verba aut similia exprimere: *Indemnem me præstabis*; aut *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit*, &c. sed sufficit simpliciter, verbi gratia, in causam conducti aut empti fidem suam adstrinxisse citra mentionem certæ quantitatis, *arg. l.* 2. §. *pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert. l.* 5. *C. de pact. int. empt. & vend.* nec mutat, *in causam* dicat, indefinite, an *in causam omnem* sive *universam*; cum propositio indefinita secundum regulas logicorum æquipolleat universali. Non obstat igitur, quod apud Africanum & Ulpianum legimus, si tutor moram fecit, etiam fidejussores ejus nomine usurarum medii temporis teneri, *l. si postea* 10. *ff. rem pup. salv. for. l.* 3. *ff. de fidejuss. tut.* Nam stipulatio rem pupilli salvam fore in omnem causam tutelæ interponi intelligitur, & id omne continere, quod in tutelæ judicium venit, *l. cum pup.* 9. *l. cum rem* 11. *ff. rem pup. salv. for.* Nonnihil autem negotii facit species *l. pen. ff. ut leg. nom. cav.* ubi cum legatarii ab uno è duobus hæredibus, cum ab utroque legatum esset, satis legatorum nomine accepissent, & postea deficiente cohærede portio ejus accrevisset promissori, ait Jurisconsultus in totum fidejussores teneri, sicut & is solidum debere cœpit: & si aucta ex post facto obligatione promissoris principalis augetur & accessoria fidejussorum. Respondeo, quod jure accrescendi accedit & debetur, non venit ex mora, neque ex causa aliqua postea emergente, sed vi principalis obligationis: quia ea est conditio cohæredum, ut qui ex iis hæreditatem adiit, cogatur etiam invitus cum onere recipere portionem deficientis, ne quis pro parte restatus, pro parte intestatus decedat, *l. unic.* §. *his ita*, *C. de caduc. toll.* qua de causa & fidejussores eo casu obligantur, virtute, nimirum principalis obligationis, non propter moram aut aliam novam causam. Unus adhuc scrupulus evellendus est, quem nobis injicit Ulpianus in *l.* 1. §. *bellissime* 13. *ff. de leg. nom. cav.* ait bellissimè quæri, an stipulatio seu satisdatio legatorum nomine incrementum ex fructibus vel usuris sentiat: & respondet recte placuisse ex mora incrementum habituram, ut id, quod oportebit comprehendat. Sed animadvertendum est, hanc stipulationem esse prætoriam, ac proinde de mente prætoris legem accipere secundum *l. in conventionalibus* 52. *pr. ff. de verb. oblig.* & hoc significat Ulpianus his verbis, *ut id quod oportebit comprehendat*, nempe etiam si verbum futuri temporis *oportebit* expressum non sit, sed præsentis dumtaxat *oportet*, licet secus sit in stipulatione conventionali, in qua futurum *oportebit* non subintelligitur, sed exprimi debet, ut omnis causa comprehendatur, *l. si stipulatus* 76. §. 1. *l. si à colono* 89. *ff. de verb. oblig.* D. Bachov. *ad* Treutl. *vol.* 1. *disp.* 23. *thes.* 5. *litt. D. & E.* respondet stipulationem legatorum cautionalem esse & inducere naturam obligationis ex testamento, quæ ratione fructuum & usurarum bonæ fidei contractus naturam imitetur *l. usura* 34. *ff. de usur.* Sed melior est prior responsio, quia posteriori perspicuè obstat, *d. l. si à colono.* Est autem nostra de tota hac quæstione sententia communi DD. consensu probata in *l. centum Capua* 8. *ff. de eo quod cert. loc. & l. fidejussores* 68. §. 1. *ff. de fidejuss.* quanquam singula non tam plane & dilucide ab aliis explicantur. Aliter ad pleraque respondet Bronchorstius *cent.* 4. *assert.* 54. rectène, an secus, lectorum judicio permitto. Ego aliorum nævos lubenter prætereo, & extra quam si res, de qua agitur, id flagitet, moris mei non est aliena carpere.

CAPUT XI.

An solæ quæstiones facti sint objectum probationis?

IN probatione consistit potissimum momentum ad obtinendum jus nostrum, quippe quasi quis destituatur, audiet illud Pauli in *l. duo sunt Titii* 30. *ff. de test. tut.* non jus, sed probatio deficit. Inanis enim est actio, nisi indubitatæ probationis fide apud judicem competentem liqueat, verum esse quod in judicium de-

deducit. Omnis autem probatio nostra aut tabulis constat, aut testibus, *c. foris ext. de verb. sign.* sed ea aut directa est, cum scilicet id quod probare volumus, ipsis testimoniis aut instrumentis continetur, aut obliqua, cum id, quod intendimus, ex tabulis aut testimoniis argumentando colligimus: quarum illa ἄτεχνος, hæc ἔντεχνος dici potest. Atque ex hoc vel solo intelligi potest, quid ad quæstionem propositam respondendum sit, nimirum non juris, sed facti quæstiones esse objectum sive materiam, circa quam versatur probatio; siquidem jus probari instrumentis aut testibus non potest, sed sola facta. Imo juris allegatio non indiget probatione, quia jus omne certum est, *l. 2. ff. de jur. & fact. ignor.* certa autem & notoria non probari debent, sed allegari sufficit, *C. evidenter ext. de accus.* Mynsing. *6. obs. 3.* Plane non negamus dubiam interdum esse legum sententiam, eamque conjecturis & argumentis eliciendam, sed hoc ipsis incumbit Judicibus, quippe quorum officium est, ut ubi de facto constat, ipsi etiam non admoniti de jure dispiciant, *pr. Inst. de offic. jud.* Sed & pedanei Judices de facto tantum, non de jure cognoscebant. Quid si de jure incidisset dubitatio, Prætorem aut Præsides, à quibus dati erant, consulere, non litigantium allegata sequi debebant. *l. eum quem 79. §. 1. ff. de judic.* Totum quidem illud in Judicis potestate est, ut statuat utrum satis sibi probatum sit id, de quo quæritur an non *l. 4. §. 2. ff. de testib.* at hoc non ad juris, sed ad facti quæstionem dumtaxat pertinet; solæ enim facti quæstiones in potestate sunt Judicis, non juris, *l. 1. §. 4. in fin. ad SC. Turpill. l. ordine 15. in fin. pr. ff. ad municipal.* Imo usque adeo non tenentur litigatores Judici probare, quid juris sit, ut contra Judex, si quid à litigatoribus eorumve Advocatis minus fuerit dictum, id supplere & proferre debeat quod sciat legibus & juri publico convenire, *l. un. C. ut quæ desf. adv. jud. suppl.* qui textus omnino ad ea pertinet, quæ juris sunt, non ad ea quæ sunt facti, ut & in ipso textu aperte dicitur. Hinc illud quod in Curiis Galliæ celebratum refert Mynsingerus, *Venite ad factum, Curia novit jus.* Non obstat locus Pauli in *l. 5. pr. ff. de probat.* ubi ait ab ea parte, quæ dicit adversarium suum aliquo jure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere. Nam illic non de jure ipso, sed de jure partis agitur: nempe ubi quis negat alicui id licere, quod jure communi omnibus concessum est; veluti si quis dicat aliquem jure prohibitum esse advocatione, probare debet eum prætulisse illicita compendia suæ existimationi: non autem qui talia faciunt, advocatione prohiberi, quod juris est, *l. 5. C. de postul.* Similiter, accusor à Titio facinoris alicujus, ajo eum prohibitum esse accusare, propter causam aliquam, de quibus in *l. 8. ff. de accusat.* Si Titius id neget, meum erit probare, non jus, quod certum est & notum, sed factum ipsum, puta turpem quæstum, infamiam, &c. adversarii. Omnes possunt mutuum accipere, qui jure non prohibentur. Prohibetur autem filiusfam. Senatusconsulto Macedoniano. Itaque si quis à creditore conventus dicat se non potuisse mutuum accipere propter Senatusconsultum Macedonianum, is non debet probare Senatusconsulto cautum esse, ne cui, qui filiofam. mutuam pecuniam dedit, actio petitiove detur, sed se esse filiumfam. Ipse autem Judex statuet, quid juris ei tanquam filiofam. ex Senatusconsulto competat. In summa cum de jure partis controversia est, in quæstionem facti res incidit. Fatemur equidem jus aliquando inter Advocatos esse controversum, dum ille hoc, alter istud ait esse juris certi: sed quod sit certi & explorati juris, Judex non ex probatione Advocatorum, sed ex tabulis publicis & corpore juris discere debet, *pr. Inst. de offic. jud. l. unic. C. ut quæ desf. adv. part.* in quam rem & Aristoteles *1. Rhet. 1.* ἢ δίκαιον, inquit, ἢ ἄδικον, αὐτὸν δὴ τὸν δικαστὴν δεῖ γινώσκειν, κ' οὐ μανθάνειν παρὰ τῶν ἀμφισβητούντων. Quod si quæratur de communi DD. opinione, quam plerumque Judices in judicando sequuntur, hic etiam facti quæstionis speciem res induit, haud secus quam consuetudo facti esse dicitur, & probanda est, ubi de ea dubitatur. Rhetores etiam in statu juridiciali probatione utuntur: sed palam est eos verbo probationis intelligere omnem allegationem, qua utimur ad confirmandum id, quod dicitur, sive id in jure consistat, sive in facto. At nos probationem accipimus, quasi ad statum conjecturalem dumtaxat pertineat, cum quæritur de facto, non de jure. Et hoc dicimus, cum quæritur, quid probari debeat, an omne id, de quo disputatur, sive facti sit quæstio, sive juris, is cui incumbit probatio, Judici probare teneatur, & nisi probet, sententia contra eum sit ferenda, facti tantum probationem ei incumbere, non etiam juris; probatoque facto ipsum Judicem dispicere debere, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus proditum est, *pr. Inst. de offic. jud.* Quod si probationem accipiamus, ut Rhetores faciunt, pro quavis confirmatione ejus quod dicitur, etiam ubi de jure disputatur, probatione utimur, id est, allegatione juris. Quis enim ignorat etiam in statu juridiciali multa afferri solere, ut probe-

betur aliquid jure factum esse, aut secus? Cæterum ad victoriam causæ id necessarium non est, cum ipse Judex ubi de facto constat, etiam non admonitus de jure dispicere debeat, ut jam aliquoties dictum est. Enim vero hæc ita obtinent & vera sunt, cum de jure scripto quæritur. Aliud autem dicendum est, cum agitur de jure non scripto sive consuetudine. Nam qui consuetudinem allegat, eam probare solet, aut rebus judicatis secundum *l. cum de consuetudine* 34. *ff. de legib.* aut per turbam sive testes conglobatos, ut hodie fit in Curiis, de quo pulchrè Ant. Fab. *Cod. suo forens. de testib. defin.* 3. *&* 14. Nempe cum consuetudo sensim tacito utentium consensu introducatur, necesse est consensus is ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo est, probari quoque debet. Plane si certa sit consuetudo & notoria, juxta eam judicandum est, quamvis ne allegetur quidem, Gail. 2. *obs.* 31. Mynsing. 6. *obs.* 41. *& seq.* Diod. Tulden. *in C. quæ sit long. consuet.* Wesemb. *par. ff. de probat. n.* 7.

CAPUT XII.

An factum negantis, quatenus negat, ulla sit per rerum naturam probatio?

QUod passim legimus actorem, quod intendit, probare oportere, eo non probante, reum, etsi nihil esse præstet, absolvi, *l. quotiens* 18. *l. verius* 21. *l. ante omnia, ff. de probat. l.* 8. *l. actor* 23. *C. eod. l.* 4. *C. de edend. l.* 9. *C. de oblig. & act.* id quidem verum est, quando reus id, quod actor asseverat, simpliciter inficiatur, & ita capiendi sunt isti textus. Cæterum cum reus ad defensionem suam depulsione aut exceptione utitur, ejus quod dicit, probatio ipsi reo incumbit, actor contrarii probatione non oneratur: veluti si reus dicat se solvisse, sibi accepto latum esse, dolo malo se inductum, pactum esse ne actor peteret, &c. *l.* 1. *C. de probat. l. quotiens* 18. §. 1. *& l. seq. pr. ff. eod. l.* 1. *ff. de except.* In summa is probare debet, qui dicit & aliquid affirmat, sive actor sit, sive reus, *l.* 2. *ff. de probat.* Et ratio est, quia factum negantis quatenus negat, per rerum naturam nulla est probatio, *l. actor* 23. *C. eod. tit. l. asseveratio* 10. *C. de non num. pecun.* Non igitur ordo judiciorum hoc efficit, ut probari negatio facti nequeat, ut quidam malè putant; sed quominus probari possit obstat rerum natura, id est, vis ac potestas rebus á naturæ auctore, id est, à Deo indita, quæ est immutabilis. Finge viginti vel centum testes dicere se non vidisse mihi numerari pecuniam; non tamen hoc probatum est: potest enim nihilominus verum esse me pecuniam accepisse. Hinc vulgo Doctores ajunt, pluris esse unum testem affirmantem quam viginti negantes. Atque idem dicendum est de instrumentis, quæ nihil exhibent nisi puram negationem super eo negotio, de quo lis est. Cæterum hæc ita se habent in mera & simplici facti non limitati negatione. Quod si factum, quod negatur, sit loco & tempore circumscriptum, aliud est, & talis negatio probari poterit: veluti si negem Lugduni mihi numeratum esse Calendis Januariis, hæc negatio certo tempore & loco circumscripta est: & implebitur ejus probatio, si probem me eo die Lutetiæ fuisse, *l. optimam* 14. *C. de contr. & commit. stipulat.* §. *item verborum* 11. *Inst. de inut. stipul.* & utrobique *Gloss. & DD.* & dissimilis est species, *l.* 2. *C. de err. adv.* ubi negatio restricta est ad certam scripturam, unde error libellionis probari potest. Et tamen ne hic quidem, si rem bene expendamus, negationem probo, quatenus nego, sed quia prius aliquid pono & affirmo, ex quo id, quod nego, per consequentiam necessariam efficitur. Itaque illud adhuc manet, & perpetuo verum est factum negantis, quatenus solum negat, naturali ratione nullam esse probationem. Quod si prius aliquid affirmet & probet, unde id quod negat, per consequentiam rectè colligatur, jam non probat, quatenus negat, sed quatenus affirmat. Atque hoc non tantum uno illo & altero, quem diximus, casu contingit, sed & pluribus aliis. Finge hæredem negare, quod legatarius affirmat, bona defuncti sufficere ad legata integra salva Falcidia exolvenda, in hac quæstione disertè responsum est hæredi probationem incumbere, *l. cum de lege* 17. *de probat.* At quomodo hæres hic probabit, quod negat? Non potest directò: sed potest per consequentiam, ostensa prius quantitate legatorum & patrimonii defuncti. Potest autem hæres ex libris rationum facilè docere, quantum defunctus in bonis habuit. Similiter, si negem aliquem hæredem aut dominum esse, potero id probare, sed ita demum, si ostendam hæreditatem aut rem ad me pertinere. Denique quotiescunque negationis dari potest concludens ratio, tunc ea implicitè, ut loquuntur, continet affirmationem, atque ut planius loquar, vi & effectu affirmatio quædam est, non pura & puta facti negatio. Ut ecce, si filius neget se in potestate patris esse, vi ipse affirmat, se esse sui juris, & hoc probare potest, nempe si doceat se à proavo, aut avo paterno esse emancipatum, quæ probatio propterea etiam à filio exigitur, *l. si filius* 8. *ff. de probat.* Huc item re-

ferenda negatio, quam Interpretes appellant negativam juris, & qualitatis: exempli gratia, si negem Titium testamentum facere potuisse, quam negativam juris vocant, id probare debeo, & possum, si ostendam esse filiumfamil. Si negem posse esse Procuratorem, id probabo, si militem esse ostendero. Si negem testatorem mentis compotentem fuisse, quæ Doctoribus qualitatis negatio est, mihi negatio hæc probanda, & implebitur intentio, si doceam furiosum fuisse, *l. 5. C. de codicill.* Item si negem emancipationem rite factam esse, id probare debeo, *l. 5. §. 2. ff. de probationibus.* Si simpliciter negarem factam esse, nulla mihi imponeretur probatio, ac ne posset quidem imponi, quia facti indefiniti negatio probari nequit: Sed cum nego, emancipationem rectè factam esse, hæc est negativa qualitatis, eamque probare possum & debeo, quia pro actu legitimo & coram magistratu celebrato præsumptio est, omnia debito modo peracta esse, *arg. l. 4. C. de jur. & fact. ign. l. 2. si adv. rem jud.* Huc etiam pertinet species, *l. non nudis 14. C. de prob.* nam qui negat Titium esse filium suum, id probare potest ostendendo esse alienum. Hæ autem negationes non sunt negationes juris constituti, quod probatione non indigere superiore quæstione ostendimus; sed negationes ejus juris, aut qualitatis, quod vel quam pars adversa sibi competere asserit: ac proinde negationes facti. Nam qui negat alicui aliquid jure licere, ideo hoc non licere dicit, quia jure prohibeatur, *l. 5. pr. ff. de probat.* quod est facti, & qui id negat, factum negat, & res in quæstionem facti incidit, ut superiore quoque capite demonstratum est. Deinde nec re ipsa sunt negationes, sed affirmationes. Qui negat emancipationem rite factam esse, vi ipsa ait emancipationem esse vitiosam, & jure prohibitam. Qui negat te idoneum esse Procuratorem, affirmat te jure prohiberi Procuratorem esse. Qui negat testatorem sanæ mentis fuisse, asseverat eum dementem fuisse aut furiosum. Et ideo qui hoc dicit, probare debet, non quia verbis negat, sed quia re affirmat. Et in universum hoc tenendum est, negationem aut affirmationem non ex verbis rei, sed ex intentione actoris æstimandam esse: ut si neget reus, quod actor intendit, verè negare dicatur, etiamsi utatur verbis affirmativis, veluti si factor intendat se dominum esse, possessor contra se dominum esse dicat, cujusmodi species proponitur *§. 1. Inst. de action.* his verbis possessor affirmat se dominum esse, te negat actorem esse dominum, quia ejusdem rei duo in solidum domini esse possunt. Quod si reus non simpliciter neget intentionem actoris, sed adversus ejus intentionem prius aliquid afferat ad sui defensionem, quamvis utatur verbis negativis, affirmare intelligitur; ut in supra scriptis omnibus exemplis. Et hoc optime demonstrari potest exemplo actionis confessoriæ & negatoriæ. Intendit aliquis se habere jus altius tollendi invito vicino, utitur actione negatoria, etsi oratio affirmativa est: quia reipsa negat se servitutem vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi, quominus ædes altius tollat. Ex contrario negat aliquis jus vicino esse ædes suas altius tollere, hic agit confessoria, ut maximè utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ne vicinus altius ædificet; quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est, *l. 4. §. competit autem 7. ff. si serv. vind. DD. comm. ad §. 1. Inst. de action.* Donell. *in l. 23. C. de probat.* Duar. *5. 12. prior. comment. ad tit. de probat.* Ex his tam paucis commodius & certius, opinor, tota res percipi poterit, quam ex fusis & intricatis aliorum de probatione negativæ disputationibus.

CAPUT XIII.

An quævis filiæ à quibusve parentibus dotandæ? & ex professo, an pater cogatur dotem dare filiæ locupleti?

DOtare filiam, eique conditionem honestè nubendi quærere, patris officium est, *l. 19. ff. de rit. nupt. l. ult. C. de dot. promiss.* Nam cum maritus onera matrimonii sustinere cogatur, & pro hisce oneribus vicissim omnes fructus dotis quam ab uxore accepit, ipsius lucro cedant, etiam hoc onus, dotandi scilicet filiam, ut hujusmodi onerum partem agnoscere debet, *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot.* sed hoc ita, si pater filiam habeat in potestate, *d. l. 19. ff. de rit. nupt.* alias avo paterno id incumbit, cujus in potestate filia est. Secus etiam est, si filia sit emancipata: utpote quæ bona propria habet, ex quibus dos constitui potest. Sed nec tam arctum vinculum est patri cum filia emancipata & sui juris effecta, quam cum ea quæ adhuc in ejus potestate & familia est: & hæc patri, illa sibi acquirit. Non adversatur quod à Papiniano responsum est; cum pater idemque curator filiæ emancipatæ dotem pro ea constituit, in dubio eum videri magis quasi patrem de bonis suis dotem constituisse, quam quasi curatorem de bonis filiæ, *l. 5. §. ult. ff. de jur. dot.* Ex eo enim minimè sequitur, patrem jure obligatum esse ad dotem filiæ emancipatæ dandam:

dam: sed τὸ ἱκανὸν, nempe patrem non teneri ex suis bonis dotare filiam emancipatam: & si expressim de bonis filiæ, non de suis dotem constituat, nihil eum contra jus facere. Idem non obscurè arguit *l. si res* 51. *ff. eod. tit.* ubi Ulpianus ait, si pater filiæ emancipatæ res, quæ ei post emancipationem donavit, cum dotem postea dederit, dotem à filia, non à patre daram videri: ergo non tenetur pater de propriis bonis filiæ sui juris effectæ dotem dare. Quod si pater filiæ nomine dotem promisit, eamque ante nuptias emancipavit, non resolvitur promissio, non magis quam si pater ante nuptias mortuus esset, *l. si pater* 44. *pr. ff. eod.* Sed & ex hoc ipso à contrario sensu rectè colligitur, citra promissionem non teneri patrem de suo filiam emancipatam dotare. Plane si filia emancipata sit paupercula, & absque dote conditionem invenire nequeat, tentari potest officio magistratus patrem cogi posse, ut dotem det. Multo minus igitur tenebitur pater dotare filiam naturalem. Non enim quilibet qui pater est, in hujusmodi causis jure nostro pro patre habetur; sed is demum, quem nuptiæ demonstrant, aut qui filiam adoptavit, *l.* 5. *ff. de in jus voc. l.* 6. *ff. de his qui sui vel al. jur. l.* 1. *& pass. ff. de adopt.* Non mutat, quod pater alimenta præstare huic filiæ debet: nam ab alimentis ad dotem non rectè argumentamur affirmando, puta alere tenetur, ergo & dotare: sed negando dumtaxat, non tenetur alere, ergo nec dotare. Busius in *d. l.* 19. *ff. de rit. nupt.* Etiam spuria sive vulgo quæsita filia alenda à patre est, modo de eo constet: non tamen dotanda. Alimenta denegare, est necare, *l.* 4. *ff. de agnosc. & alend. lib.* Denique quid verbis opus est? textus in hanc rem satis est clarus in *l. uxorem* 41. §. *pater naturalis* 11. *ff. de legat.* 3. ubi pater pro filia naturali, cui fideicommissum debebat, dotem dans, non intelligitur id fecisse, ut pater, aut dotis debitor, sed ut debitor fideicommissi, & hujus debiti minuendi causa. Quin & si maximè velit pater, tamen si liberos legitimos habeat, non nisi certam quantitatem, & nimirum unam unciam quocunque modo vel inter vivos vel ultima voluntate in talem filiam transferre potest, *l.* 8. *C. de natur. lib. junct. Nov.* 89. *cap.* 12. §. 2. Unde tamen benignè dici potest, si filia naturalis valde inops sit, officio jus dicentis, sive ut nunc loquuntur, officio Judicis nobili, patrem constringi posse, ut huic filiæ aliquid in dotem det, quod tamen, si liberi legitimi sint, non excedat quantitatem definitam *d. l.* 8. *C. de natur. lib. & d. Nov.* 89. *cap.* 12. §. 1. Et hæc communis est opinio, *Gloss. in l. uxorem* 41. §. *pater naturalis* 11. *ff. de legat.* 3. Bartol. *ibi & in lib.* 1. *ff. solut. matrimon. num.* 11. Bald. & Salicet. *in l. ult. C. de dot. promiss.* Mantic. *lib.* 12. *de tac. & ambig. conv. tit.* 19. *num.* 4. & 32. Gudel. 1. *de jur. nov. cap.* 14. Perez. *ad d. tit. cap. num.* 6. Alii se fundant in æquitate juris Canonici, *arg. cap. cum haberet in fin. de eo qui dux. in matrim. ubi Gloss.* Gail. 2. *obs.* 188. *n.* 4. & plerique appellatione spuriorum intelligunt omnes, qui non sunt nati ex justo matrimonio, confundentes ex concubina natos cum vulgo quæsitis, Palæot. *de noth. & spur. fil. c.* 49. & *seq.* Boër *decis.* 127. Covar. *part.* 2. *de matrim. c.* 8. §. 6. *n.* 15. Gail. *d. loc.* Nonnulli eadem æquitate moti nec eos in totum excludunt, qui nati sunt ex damnato coitu, ab alimentis ad dotem perperam κατασκευάζοντες.

Mater filiam dotare non cogitur, nisi ex magna & probabili causa, *l. neque mater* 14. *C. de jur. dot.* Magna autem causa esse putatur non tantum si mater sit dives, pater inops, verum etiam, si mortuo patre ipsa filia inopia laboret. Legibus etiam hoc specialiter cautum est, ut mater hæretica filiam Christianam dotare cogatur, *l. cognovimus* 19. *C. de hæret. & Manich.* ad quem textum forte respexit Tribonianus in *d. l. neque mater*, in verb. *vel ex causa specialiter lege expressa.* Sed illud cessare cœpit, postquam ex constitutione Frederici in *auth. Gazaros, C. de hæret. & Manich.* & jure Canonico, *c. vergentes* 10. *ext. eod.* omnium hæreticorum bona confiscari placuit, ita ut *dict. cap. vergentes*, etiam liberi Catholici ab iis bonis excludantur: nisi quis dicat, & quidem probabiliter, ex bonis istis confiscatis aliquid pro dote vel alimentis liberorum decidi oportere, sicut olim ex bonis damnatorum portiones liberis relinquebantur, *l.* 7. *ff. de bon. damnat.* Sed moribus fœderatæ Belgicæ hæc jura abrogata sunt: nemoque apud nos propter hæresim aut hæterodoxiam bonorum patitur publicationem. Et cum igitur nec Judæorum bona publicentur, proculdubio dispositioni, *d. l.* 19. *C. de hæret.* locus erit in Judæa matre, ut filiam Christianam dotare cogatur. Sed & totius fere Belgii aliorumque moribus ob conjugalem bonorum omnium communionem mulier sicut lucri, ita etiam damni particeps fit: & ideo dotandi onus, tanquam æs alienum commune est, & ad utriusque parentis officium spectat. *Vid.* Groenevv. *de ll. abrog. ad d. l. neque mater*, & *ibi allegat.*

Præcipua verò quæstio hic est de filiafam. locuplete seu bona propria habente, nempe an huic pater dotem dare cogatur. Ego sic distinguendum arbitror: si filia habet quædam bona li-

libera pleno jure ex bonis maternis aut aliunde, quorum usumfructum pater non habet (ut in *auth. excipitur, cum* 2. *seqq. C. de bon. quæ lib.*) unde honeste pro conditione personæ suæ dotari potest; hoc casu non putarem patrem cogi posse, ut de suo dotem filiæ constituat. Ratio est, quia nec talem filiam alere pater tenetur, *l.* 5. §. *sed si* 7. *ff. de agnosc. & alend. lib.* ab alimentis autem ad dotem licet ἀνασκευάζειν. Et cessat omnino ratio onerandi patrem quando filia ob bona propria conditionem reperire potest, Bart. *in l. mulier* 22. §. *cum proponeretur* 4. *ff. ad Senat. Trebell.* Alciat. *in lib.* 1. *ff. solut. matrimon.* Tulden. *in Codicill. tit. de dot. promiss. num.* 7. Bachov. *in Treutl. disput. de jur. dot. thes.* 2. Multa quidem post Salicerum & alios, sed in vanum disputant Gail. 2. *obs.* 95. Palæot. *de noth. & spur. cap.* 49. *& seq.* Sichard. *in l. ult. C. de dot. promiss.* Bronch. 3. *assert.* 14. ut probent argumentum à negatione debitionis alimentorum non necessario procedere ad negationem debiti dotis, causamque dotis etiam favorabiliorem esse causa alimentorum, quo nihil est παραδοξότερον. Sed objicitur nobis, *d. l. ult. C. de dot. promiss.* quæ est una ex quinquaginta decisionibus Justiniani. Videamus ergo quid Justinianus illic constituat. Agit ibi Imperator de patre habente usumfructum in bonis liberorum adventitiis, ut patet ex principio d. constitutionis. Deinde non jubet patrem dotem de suo dare: sed si dotem ultro promiserit definit ex cujus bonis hoc pater fecisse censeri debeat, utrum de bonis propriis ex liberalitate, an de bonis filiæ. Et summa *d. l. ult.* est, quam refert Baldus. Pater simpliciter dotem dans pro filio non expresso, cujus patrimonio censetur dedisse de suo ipsius patrimonio. Si verò dixerit se dotem dare de suo & filiæ patrimonio, tunc si pater est inops, censetur dotem dedisse de filiæ patrimonio: sin pater est locuples, censetur eam summam, quam expressit, dedisse de suo ipsius patrimonio, & tantundem tacite voluisse accedere ex bonis adventitiis filiæ, in quibus usumfructum habet; quem usumfructum eatenus tacite remisisse intelligatur. Idemque jus constituit, si pater donationem propter nuptias pro filio promiserit. Quod si pater expresse dicat se de filiæ bonis dotem dare, is casus non deciditur in *d. l. ult.* sed decidendus est secundum ea quæ dixi, nempe patrem non cogi de suo dotare filiam locupletem, quæ bona propria pleno jure habeat, seu quorum usufructus non pertineat ac patrem. Hoc igitur adhuc manet, si pater simpliciter pro filia, quamvis bona propria pleno jure habente, dotem dederit, eam de suis bonis ex liberalitate dedisse intelligitur, *l.* 5. §. *ult. ff. de jur. dot.* At ex eo, ut superius quoque diximus, rectè colligitur, posse patrem, si velit, etiam de filiæ bonis dotem promittere: & si hoc expresse dixerit, eum non teneri de aliis, quam de filiæ bonis dotem promissam præstare. Fac. *l. si res* 51. *ff. eod. tit.* Non obstat, quod etiam filiæ locupleti debetur portio legitima. Hæc enim mortuo demum patre debet r, nec liberis auferri debet patris hæreditas, ad quam ratio naturalis, quasi lex quædam tacita eos vocat. Dos autem datur à patre vivo in eum finem, ut filia conditionem matrimonii inveniat, *l.* 2. *ff. eod. tit.* Itaque si filia conditionem matrimonii reperire potest ob propria bona, cessat causa onerandi patrem, ut bene Diod. Tulden. *ubi supr.* Duar. *ad tit. sol. matr. c.* 3. *de dotib.* Quod si filia nulla bona propria habeat, aut nudam tantum bonorum proprietatem, usufructu apud patrem constituto, hoc casu pater aut ex suo patrimonio dotem dare debet, aut remisso usufructu, quem in bonis filiæ habet, plenum eorum jus ex causa dotis in filiam transferre: sicut etiam pater, qui usumfructum in bonis liberorum adventitiis habet, alimenta illis de suo præstare tenetur, *l. ult.* §. *ipsum autem* 5. *pr. & vers. tum enim, Cod. de bon. quæ lib.* De filia, quæ sine patris consensu nupsit, frustra quæritur, an eam dotare pater debeat: quoniam hoc casu jure civili nec dos, nec matrimonium intelligitur: moribus nostris ob eam causam etiam exhæredari potest, utique si minor viginti annis fuerit, Grot. *lib.* 2. *introduct. ad jurisp. Batav. cap.* 18. alibi etiamsi major, modo minor 25. annis Christin. *vol.* 3. *decis.* 182. *num.* 19. Tulden. *in C. de nupt. num.* 2. *& de dot. promiss. num.* 9. Quid de jure Canonico hic statuendum, vide Gail. 2. *obs.* 95 *num.* 3. *& seqq.* Panorm. *in cap.* 1. *num.* 6. *de dispens. impub.* Covar. *p.* 2. *de matrim. c.* 3. §. 8. *num.* 5. Tulden. *d. n.* 9. An vero & quatenus secundum jura, quæ nunc obtinent, recipi possit constitutio Justiniani in *l. ult. C. de dot. promiss.* quam singularem & satis mirabilem appellat Christin. *vol.* 3. *decis.* 132. *num.* 24. & tamen usu forensi receptam prædicat, eo quod secundum eam in Camera Imperiali judicatum testatur Mynsingerus *cent.* 5. *obs.* 32. *num.* 2. vide Groenevv. *de legib. abrog. ad d. l. ult.* ubi bene & solide ostendit non posse eam constitutionem moribus horum temporum sine vitio applicari aut in praxi recipi, licet secundum jura illius temporis, quo composita & à Justiniano promulgata est, tamen & æquitate non careat: quod etiam non obscurè induit Tulden. *ubi sup.*

CAPUT XIV.

An promissio donationis causa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamsi traditio secuta non sit?

DOnationem inter virum & uxorem jure nostro prohibitam esse constat, *tit. ff. & C. de donat. int. vir. & uxor.* Ratio sumenda à blanditiis conjugalibus, quibus nihil non alter ab altero impetrare, vel causam rixarum & dissidii, quin & divortii quærere possit? cui adde quæ referuntur in *l. 1. & l. 2. ff. d. tit.* & doctè explicantur à Connano *lib.* 8. *com. cap.* 11. Sunt tamen nonnullæ hic exceptiones & nonnulli casus, quibus hanc donationem valere placet: veluti si donator non fiat pauperior, imo si donatarius non fiat locupletior, licet ille pauperior, *l. 5. §. concessa* 8. *& §. cum igitur* 16. *ff. eod. tit.* si donationes sint reciprocæ, *l. 7. §. 2. ff. eod.* aut remuneratoriæ insignis alicujus operæ aut officii, *arg. l. hoc jure* 19. *§. 1. l. Aquilius* 27. *de donat.* si mortis causa donatio fiat, *l. 9. §. ult. cum l. seq. ff. de donat. int. vir.* Etsi autem his causis, & quæ sunt similes, exceptis, cæteræ donationes inter virum & uxorem non confirmari, *l. res uxoris* 24. *& l. seq. C. de donat. int. vir. & ux.* quod effectum est oratione Severi & Antonini, quæ refertur, & explicatur ab Ulpiano in *l. cum hic status* 32. *ff. eod.* Infirmæ verò manent, quamdiu mors donantis nondum secuta est; ac proinde præmoriente donatario evanescunt, quoniam tunc confirmationi locus esse amplius non potest. Quæsitum autem est, & eleganter quæsitum, si conjux conjugi rem non tradiderit, sed donationis causa tantum promiserit, substiteritque in finibus conventionis, an & hæc conventio (quæ & ipsa κατα μετωνυμίαν donatio appellatur) morte promittentis confirmetur, ut superstiti donatario contra donantis defuncti hæredem exactio promissi detur? Res non caret scrupulo, Gloss. Bartolus, Baldus, & DD. *com. in l. Papinianus* 23. *ff. de donat. int. vir. & ux.* Costal. *ibid.* Connan. *lib.* 8. *comment. cap.* 11. Mant. *lib.* 21. *de tac. & ambig. conv. tit.* 7. *num.* 32. Scip. Gentil. *lib.* 3. *de donat. int. vir. & ux. cap.* 38. Mynsing. *cent.* 2. *obs.* 33. *num.* 3. statuunt hoc casu cessare orationem, nempe morte donantis conjugis confirmari donationes, quæ verbis tantum promissæ sunt, sed eas solas, quæ revera extiterunt, & traditione perfectæ sunt; hæredem autem conjugis ex sola promissione conveniri non posse, licet non revocata voluntate conjux decesserit. Atque his ego me adjungam socium. Rationes, quæ me impellunt, hæ sunt. Primum, quod non videatur plene & cum effectu donare voluisse, qui tantum promisit, neque dedit; & quia fidem suæ donationis non præstitit, pœnituisse existimandus est. Imo nec revera & propriè donatio subsistens in terminis conventionis donatio est, sed de dando conventio. Propriè enim nemo donare intelligitur, nisi qui & tradat, *l. 1. ff. de donat.* Donatio est doni datio, *l. senatus* 35. *§. 1. ff. de mort. cap. donat.* Unde donatio opponitur stipulationi & promissioni, *l. 3. §. 10. l. 23. ff. de don. int. vir.* 2. Quia non est novum, ut conventio, quæ alias per se prorsus nulla est, accedente traditione aliquid roboris accipiat, atque ob eam causam facilius confirmari debeat, *l. 1. §. si vir 4. & ibi* Bart. *ff. de acq. poss.* Movet textus in *l. cum hic status* 32. *§. 1. ff. de donat. int. vir. & uxor.* ubi verba orationis referuntur, quæ hoc exprimunt, durum esse, ut eripiatur donatario ab hærede defuncti donatoris, quod defunctus donavit. Eripi autem nemini potest, nisi quod jam habet, quod traditum sibi tenet ac possidet. 4. Quoniam alias nulla in proposito dari posse videtur differentia inter donationem mortis causa, & donationem inter vivos, *arg. l.* 32. *ff. de mort. ca. don. & l. 11. pr. ff. de don. inter vir.* quarum illa tamen inter conjuges permissa, hæc vetita. 5. Textus expressus & rotundus in *l. Papinianus* 23. *ff. de don. int. vir.* ubi Ulpianus sententiam Papiniani probat, existimantis orationem Divi Severi ad rerum donationes dumtaxat pertinere, non ad nudas promissiones: ideoque si maritus uxori suæ stipulanti tantum spopondisset, non etiam tradidisset, marito mortuo hæredem ejus conveniri non posse, licet durante voluntate maritus decesserit. Hic utique in terminis, ut loquuntur, quæstio proposita deciditur, & secundum quod nobis visum apertissime pronuntiatur. Quis enim ferar, quod ad hunc locum Ant. Faber. *lib. 2. conject.* 8. respondet, Ulpianum memorare tantum sententiam Papiniani, non probare? cum diserte Ulpianus dicat Papinianum rectè putasse, &c. Sed scilicet, si fides Anton. Fabro, vox *rectè* ab Imperito interprete addita est, & ideo tollenda. Schifordigerus autem, *lib. 1. tract. 11. quæst.* 8. de via magistri sui nonnihil deflectens, putat ex duabus sententiis Papiniani, quæ ab Ulpiano proferuntur, priorem dumtaxat Ulpiano probari, posteriorem ab eo referri tantum, non probari; propterea quod in posteriore non repetit particulam *rectè*, quasi vero ea repetita non intelligatur ἀπὸ κοινοῦ aut posterior assertio Papiniani non dependeat,

tan-

tanquam necessarium consequens à priori. Denique si posteriorem non æque ac priorem probasset Ulpianus haud dubie id expressisset, nec sine vitio id omittere potuit. Putant nonnulli variasse Ulpianum, & Papiniani sententiam, quam prius probaverat in *d. l. Papinianus*, postea improbasse in *d. l. cum hic status*. At cur hoc magis dicunt, quam Ulpianum suam ipsius sententiam mutasse postea, & probasse Papiniani in *d. l. Papinianus*? In *d. l. cum hic status*, §. 1. loquitur obscurius: & locus iste aliam interpretationem, quam quæ ab illis affertur, pati potest, ut postea demonstrabitur. At in *d. l. Papinianus*, nulla obscuritas, plana & aperta Jurisconsulti sententia. Fateor tamen & contrariam sententiam non levibus niti argumentis, eamque habere assertores egregios, interque eos Cotasium, *lib. 5. misc. c. 1.* Anton. Fab. & Schifordig. *ubi supra*. Sed age, argumenta hæc excutiamus, & videamus quid iis probabiliter responderi possit.

Primùm ducitur ex *l. cum hic status* 32. §. *sive autem* 23. *ff. de don. int. vir.* ex quo loco sic illi colligunt. Quæcunque donatio ex ratione juris veteris ante orationem Severi inter conjuges non valebat, ea oratione confirmata est, *d. §. sive autem*. At constat nec valuisse promissionem donandi causa factam, *l. 2. §. sciendum* 10. *ff. eod.* ergo & illa ex eadem oratione valet. Respondeo, in hoc argumento concedi sibi postulant τὸ ἐν ἀρχῇ quod est in quæstione, nempe an omnes quocunque modo factæ donationes per orationem sint confirmatæ. Nam textus in *d. l. cum hic status* 32. §. *sive autem* 23. commode restringi potest ad donationem veram ac proprie dictam, plenam scilicet & perfectam, quæ sit consummata vel per traditionem actualem, vel per acceptionem, aut quamvis fictionem brevis manus, quæ pro traditione sit, ut in *l. 3. ult. ff. eod.* ut hisce modis, & si quid id genus alii, donationem factam oratione confirmari intelligamus. Atque huc pertinet, *d. §. 23. d. l. 32.* ubi expresse agitur de remissione obligationis facta per acceptilationem, in qua est fictio brevis manus, tanquam res soluta, & mox donationis causa reddita esset. Sed ajunt etiam stipulatione perfici donationem. Quis negat? Imo ex constitutione Justiniani etiam nuda conventione perficitur donatio, cum scilicet donator voluntatem suam scripto aut sine scripto manifestavit, §. 2. *Inst. de donat. l. si quis* 35. *C. eod.* Sed hic primus tantum gradus perfectionis est, unde donatario in donatione licita acquiritur obligatio & actio dumtaxat, non rei promissæ dominium. Vere autem plene demum perficitur & consummatur donatio promissi & doni præstatione. Sic emptio & venditio perfici dicitur, simul atque de pretio convenit: non ante tamen pro consummata habetur, quam res tradita sit & pretium numeratum. Atque, ut ante diximus, propriè donatio ipsam rei translationem significat: quam ob causam inter modos acquirendi dominii numeratur. *Inst. de donat. in pr.*

Secundum argumentum sumitur ex *d. l. cum hic status* 32. §. 1. ubi Jurisconsultus ait, oratione inductum esse non tantum, ut res fiat ipso jure ejus cui donata est, sed etiam ut obligatio sit civilis: quod postremum non nisi de stipulatione donandi causa facta putant intelligi posse. Sed quidni verba ista Jurisconsulti de eo casu accipi possunt, quo aut nomen conjugi donatum est, cessat actio, aut evictionem promisit donator, quomodo & Accursius ea accepit? Hoc certe probabilius dicitur, quam aut Ulpianum sibi non constitisse, aut Papinianum à reliquis dissensisse Jurisconsultus. Addidit Accursius & alium casum, nempe si alter alteri debitum per acceptilationem remiserit: sed hoc quomodo huc applicari queat non video.

Tertiò, non parum juvare videtur contrariam sententiam, quod ab Ulpiano responsum est in *l. si stipulata* 33. *ff. eod.* si mulier annuum stipulata fuerit, & manente matrimonio maritus decesserit, donationem (Haloander & Duarenus legunt *stipulationem*) ex senatusconsulto confirmari. Respondet Bartolus, confirmari quidem hoc casu donationem; sed non ultra, quam ante ex stipulatione præstitum est à marito juxta *d. l. Papinianus, ff. eod.* Ego autem puto rectè defendi posse, ex promissione annui etiam ejus nomine, quod præstitutum non est, hæredes mariti, qui promisit, teneri, sed non aliter; quam si maritus te ipsa jam solvit aliquid de illo annuo, puta si unius aut alterius anni pretium conventum dedit, ut jam in actum exierit illa promissio, & postea cessavit. Hoc, inquam, casu puto reliquorum annorum debitum ab hæredibus exigi posse, propterea, quod hic promissor ipso facto voluntatem suam satis declaravit: quanquam nec absurdum est in promissione annui seu alimentorum statuere exceptionem. Plane non existimandum donationem annui durare ultra matrimonium, cum ex conjugali affectione fluxerit.

Quartò, in contrarium urgent *l. 2. C. de dot. caut. non num.* Sed ad hunc locum facilis responsio est, nimirum cum vir donandi animo aliquod incrementum in dotem adscribit, ut in specie *d l. 2.* quasi traditionem factam videri, per fictionem scilicet brevis manus, cujus

eadem vis est, quæ veræ, *l. 3. §. pen. & ult. ff. de donat. int. vir. & ux.* neque aliter traditionem talis incrementi fieri solere: cum enim dos ipsa constante matrimonio penes maritum esse debeat, & consequenter etiam incrementum dotis, *l. 4. ff. de jur. dot.* absurdum esset id tradi mulieri, & statim à viro recipi. Quapropter hoc incrementum dotis perinde ac si revera traditum esset, actione rei uxoriæ ab hæredibus mariti uxor recte petet. Bartolus in eandem sententiam tribus verbis respondet, esse in *d. l. 2. C. de dot. caut. non num.* traditionem fictam, quæ idem operetur, quod vera. Ultimo objicitur communi sententiæ *Novell. 182. cap. 1.* ubi expresse etiam quævis promissio donationis causa mulieri facta, licet nulla traditio intervenerit, post mortem mariti confirmatur, & mulieri ejus, quod in conventionem deductum est, datur condictio. Verùm cum novum jus illis apertè introducatur, quod olim ex oratione Severi non obtinuit, ex veteri utique jure communis sententia rectè defenditur. Quid ergo? An novo jure vera est contraria sententia, & secundum eam pronuntiandum. Sane quidem secundum illam Novellam. Sed ego dubito an Novella ista in praxi & foro sub auctoritate legis allegari possit: quoniam in vulgatis editionibus desideratur, & demum à Neotericis ex Græco translata & volumini Authenticorum inserta est. Unde nec à plerisque allegatur, ne quidem à Corasio aut ipso Ant. Fabro. Sed neque videtur esse Justiniani, verum alius & incerti Principis: ideoque nec addita est inscriptio alicujus Imperatoris. Quid hic juris nostris & Galliæ moribus, vide Groenevv. *de ll. abrog. ad l. 1. de donation. inter virum, & uxorem.*

CAPUT XV.

An cum testator prohibuit inventarii confectionem, etiam necessitas reddendarum rationum tutori vel curatori remissa intelligatur?

TUtores omnes & curatores, cujuscunque generis sunt, non ante debent se miscere administrationi sibi commissæ, quam inventarium bonorum omnium & rerum pupillorum aut adultorum, nominumque & instrumentorum solemniter sub præsentia publicarum personarum confecerint, *l. tutor 7. pr. ff. de adm. tut. l. tutores 24. C. eod. l. ult. §. 1. C. arbitr. tut.* solo patre legitimo administratore secundum communem interpretum sententiam excepto. Mont. *de jur. tut. c. 32. reg. 6. de confect. invent. num.* 88. Est autem inventarium hoc fundamentum administrandi bona, & caput reddendarum rationum, *l. 1. §. 3. ff. de tut. & rat. distr.* Inde enim promptum est, quod alius vix fieri posset, cognoscere, an & quantum fraude vel negligentia tutorum de bonis sit diminutum. Atque ideo ob non confectum inventarium quasi suspecti removentur, vinculisque publicis continentur, tanquam rerum pupillarium spoliatores & prædones, & infamia notantur, *l. 8. §. tutores qui repertorium non fecerunt 16. ff. de susp. tut.* (in editione Florentina illa verba desunt, & initium §. est, *sui pecuniam*) *l. ult. in fin. C. arbitr. tutel.* Denique contra eos juratur in litem, nec tantum ob dolum, verum etiam ob latam culpam, *d. l. 7. pr. ff. de adm. tut. l. 2. C. de in lit. jur.* Covar. *var. resol. lib. 2. c. 14. num. 4. in fin. & num. 5.* Montan. *d. loc. num. 20. & multis seqq.* Postremo, non antequam inventarium publicè confecerint, & secundum morem solitum res iis traditæ fuerint, ullam habent administrandi, aut attingendi bona pupillorum adultorumve facultatem, *d. l. ult. §. 1. C. arbitr. tut.* Sunt tamen nonnulli casus, quibus aliquid de hoc jure relaxatur: vel si justa causa impediat, quominus tutor statim aut suo tempore (de quo vide Montan. *d. loc. num. 29.*) inventarium facere possit, puta si morbus sonticus eum tardet, *d. l. tutor, pr. & ibi* Bartol. *num. 17.* aut si causa non admittat dilationem & res pupillo non obsit sed prosit, *l. ult. C. de tut. qui sat. non ded. d. l. tutor. & ibi* Bart. *num. 27.* Est & alia eaque insignis exceptio, nempe si testator expressim prohibuerit inventarium fieri, *d. l. ult. §. 1. C. arb. tut.* Idemque juris esse plerique putant, etsi testator non expressè prohibuerit fieri inventarium, sed tantum simpliciter tutori remiserit necessitatem inventarium faciendi. Bart. *in l. nemo potest 55. num. 12. ff. de leg. 1.* Guid. Pap. *decis. 352.* Clar. *§. testamentum, q. 66. num. 4.* Montan. *d. loc. num. 98.* Moller. *lib. 1. semestr. c. 39. num. 12.* Gothofr. *ad d. l. ult. §. 1.* quasi nihil intersit, utro horum verborum testator usus fuerit, remitto, an veto sive prohibeo: quod tamen vix est, ut probare possim. Nam qui vetat, jubet ne fiat ullo modo: qui remittit, non vult non fieri, sed gratiam ejus, quod fieri debebat, facit. Vetando testator suo & pupillorum suorum pudori consulere velle intelligitur, quæ justa causa est: remittendo tantum gratificatur tutoribus, quæ causa non videtur esse sufficiens. Sane Justinianus in *d. l. ult. §. 1. C. arb. tut.* non aliter tutores à necessitate faciendi inventarii absolvit, quam si testator specialiter inventarium conscribi vetuerit: quod & Jaso in *l. nemo potest 55.* ff.

ff. de leg. 1. *in tol.* 10. notat & sequitur Chassan. *ad consuet. Burgund. in gloss. verb. par inventaire. tit. des enfans de plusieurs licts. num.* 27. Joan. Dilect. *de art. test. tit.* 7. *cautel.* 3. *num.* 8. Damhoud. *in patrocin. pup. tit. de tut. C. cur. mun. tom.* 1. *num.* 17. Christin. *ad stat. Mechlin. tit.* 19. *art.* 12. *num.* 7. Bus. *ad l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. num.* 3. & in puncto juris verius esse tantum non fatetur Clar. *d. quæst.* 99. *num.* 5. Causam autem prohibitionis hanc ferme habent testatores, ne patrimonii secreta & æs alienum pandatur, *l.* 2. *C. de alim. pup. præst.* & ne, ut alibi ajunt Impp. opulentia ad invidiam, aut paupertas ad contemptum publicetur, *l.* 2. *pr. vers. sed ubi quarta, C. quand. & quib. quart. pars;* ac creditur parer pro pietate sua liberis optime prospectum voluisse, *l. nec in ea* 22. §. *ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Solent autem judices huic prohibitioni testatoris plerumque acquiescere, quanquam non præcisè coguntur eam sequi: nam si pupillo secus expedire intelligant, poterunt nihilominus, & debent tutorem adigere ad solemnem inventarii confectionem, per textum aureum in *l. utilitatem* 10. *ff. de confirm. tut. l.* 5. §. Julianus 7. *ff. de adm. tut. l.* 7. *vers. nec tamen, ff. de ann. leg. & simil.* quemadmodum & vice versa ipse judex interdum ex justissima causa necessitatem conficiendi inventarii tutori remittere potest, etiamsi testator non prohibuerit inventarium fieri, puta si forte non conducat facultates pupilli patefieri, *arg. l.* 2. §. *ergo etiam* 45. *& seq. ff. ad Senatum Tertull. l.* 2. *C. de alim. pup. præst.* vid. Bart. *ad l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. num.* 19. Chassan. *ubi supra, num.* 26. Montan. *d. reg.* 5. *n.* 108. Christin. *d. art.* 12. *num.* 7. 8. 9. Tulden. *in Cod. de admin. tut. num.* 2. Groenevv. *tract. de legib. abrog. ad l. ult. C. arbitr. tut.*

Illud eleganter quæsitum, an prohibita inventarii confectione hoc ipso censeatur testator etiam rationum reddendarum necessitatem tutori aut curatori remisisse? Affirmant *Damboud. in patrocin. pupill.* 6. 4. *n.* 15. Molin. *in consuet. Paris.* 1. *p.* §. 6. *gloss.* 6. *n.* 12. Moller. 1. *semestr.* 39. *n.* 6. & plures *ibid. alleg.* Firmamentum hujus sententiæ est, quia absque inventario rationes reddi nequeunt, quippe quod illarum caput est & fundamentum: atque ut Molinæus post Gemi. in *c. generali, c.* 2. *de elect. in* 6. ait, sine inventario non potest confici & verificari primum & principale caput libri rationum, quod est de re recepti: & Damhouderus paria esse, remittere rationum reddendarum necessitatem, & absolvere tutorem à confectione inventarii: atque ideo hæc valere εἰς ἀμφότερα cui remissæ rationes, is nec inventarium facere tenetur: & quem testator à confectione inventarii absolvit, is nec tenetur reddere rationes. Cæterum verior est contraria sententia, negantium scilicet prohibitione inventarii conficiendi necessitatem reddendarum rationum tutoribus simul remissam censeri. Longe enim melius est & probabilius ut dicamus prohibitionem istam pertinere dumtaxat ad solemnem inventarii confectionem, quæ fit interventu publicarum personarum, & ita ut exemplar mox magistratui exhibendum sit, (quod nos dicimus, *staet ende in ventaris in banden van de Veemeesteren leveren.* Grot. *lib.* 1. *introd. ad jurisp. Bat. cap.* 9.) quæ prohibitio ideo fieri à testatore solet, ne secreta patrimonii ejus evulgentur, ut ante dictum est, & ne scrupulosa fiat inquisitio. Non autem eo, ut tutores non teneantur facere inventarium privatum ac descriptionem, qua res omnes & bona pupillorum adhibitis amicis aut cognatis annotent, ac deinde accepta & expensa in rationes referant. In his enim omnibus ratio prohibitionis à testatore factæ cessat. Quod sive id quidem voluisset testator dari, re ipsa etiam dolum futurum & fraudem testator remisisset: quod nec facere debet, nec potest, *l. ita autem* 5. §. *Julianus* 7. *ff. de adm. tut.* Joan. Dilec. *de art. test. tit.* 7. *cautel.* 2. *n.* 3. Quapropter dicendum est: etiam hoc casu, ubi talis prohibitio facta est à testatore, privatum tamen repertorium & privatam annotationem à tutore fieri oportere: ne si postea pupillus tutorem dolo & fraude aliquid gessisse dixerit, non habeat pupillus quo id probet, aut tutor quo se defendat. Poterit autem se defendere repertorio & annotatione privata: qualis annotatio etiam juramento confirmari poterit, si non refutetur manifestis probationibus, *arg. l.* 2. *pr. vers. sed ubi quarta pars. C. quand. & quib. quart. pars.* ita Busius ad *d. l.* 7. *n.* 6. *ff. de adm. tut.* Christin. *ad consuet.* Mechlin. *d. tit.* 19. *art. n.* 9. *& ibi citat.* & hæc ipsa etiam Molleri sentententia est *loc. sup. not. n.* 8. & facit huc *l. si servus* 119. *ff. de legat.* 1. *& l. cum tale* 72. §. *quid ergo* 3. *ff. de cond. & demonstr.* Quid quod ne illud quidem concedendum est, posse patrem testamento suo cavere, ne tutor, quem liberis suis dat, obnoxius sit reddendis rationibus. Id enim fieret contra jus publicum, & pater de jure non sibi, sed pupillis suis competituro disponeret, quod admittendum non est *d. l.* 5. §. *Julianus* 7. *ff. de adm. tut.* D. Præses Everhard. *consil.* 211. *n.* 14. Quod vero ibidem refert casum, ubi à marito cautum, ne uxor & mater liberis suis rationes reddat aut reliqua restituat, eamque cautionem ait valere, id propriam ratio-

tionem habet. Nam id cautum fuit pactis ante nuptialibus, quibus fructus omnes uxori usque ad certam ætatem liberorum donati proponebantur, quæ pacta postea constante matrimonio testamento mariti confirmata sunt, ut bene ibi ostendit idem D. Præses. Superioribus non obstat, quod minor curatori suo legare aut per fideicommissum relinquere liberationem & remissionem reddendarum rationum potest, *d. l. 5. §. Julianus 7. in fin. ff. de admin. tut. l. cum necessitatem 18. C. de fideicom.* quia qui ita disponit, de jure suo disponit, non de alieno. Et quidem si filius patri tutori aut matri tutrici quondam suæ talem reddendarum rationum liberationem legaverit, pinguius id legatum est, quam si quis ita legaverit, personæ extraneæ, cujus in curatione est, aut fuit, *l. Aurelius 28. §. Titius testamento 3. ff. de lib. legat. junct. l. Aurelio 20. §. 1. ff. eod.* vide de hujusmodi liberatione à reddendis rationibus legata Covar. *lib. 2. var. resol. c. 14.* Igitur, ut evicimus, quando testator prohibet, ne is, quem liberis hæredibus suis tutorem dat, inventarium conficiat, tantum à solemnis inventarii confectione eum liberasse intelligitur, non à confectione repertorii privati, aut in totum ab onere reddendarum rationum, cum ne permissum quidem hoc patri sit. Non eadem causa est hæredis, cui testator interdicit, ne inventarium faciat, aut confectionem inventarii remittit: nam is nihilomagis defungi potest repertorio & descriptione privata: sed non obstante illa sive interdictione sive remissione, inventarium cum omni solemnitate facere tenetur, nisi solidum creditoribus hæreditariis solvere paratus sit. Ratio est, quia nemo quicquam in testamento cavere potest in præjudicium creditorum suorum Bart. *in d. l. nemo potest. ff. de legat. 1.* Putarem autem posse testatorem hæredi cum pleno effectu remittere confectionem inventarii in præjudicium legatariorum & fideicommissariorum, qui non de damno vitando laborant, ut creditores, sed de lucro certant: non enim par eademque ratio est debita sibi amittere, & lucra non capere, *l. ult. §. 2. in fin. C. de codicill.* Et cum testator potuisset omnino legare, quidni & modum legato ponere possit; *arg. l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur.* sicut & satisdationem legati vel fideicommissi nomine remittere potest, *l. pen. C. ut in poss. leg.* quod est notatu dignum: & ita est in Adversariis practicis Hogerbetii, vulgo *Papegaye Boech.*

CAPUT XVI.

Utrum imperfecta parentum inter liberos dispositio valeat jure testamenti, an vero tantum ut voluntas ultima intestati?

Dispositiones testamentariæ bifariam imperfectæ dicuntur, uno modo ratione solemnitatum, puta si pauciores, quam septem testes intervenerint, aut si testes non signaverint subscripserintve, vel quid aliud quod ad solemnitatem ordinationis pertinet, omissum fuerit, *l. si unus 12. l. hac consultissima 21. in fin. pr. & §. 1. C. de testam.* altero modo ratione voluntatis, veluti si cum plura ordinare testator vellet, morte interceptus, aut furore correptus sit; aut obmutuerit, sive vox eum defecerit, *l. si is qui 25. ff. qui test. fac. l. furiosum 9. C. eod. §. pen. Inst. quib. mod. test. infirm.* Sive autem ob aliquem solemnitatis sive ob voluntatis defectum testamentum imperfectum sit, constat tale testamentum inutile esse, ac ne jure quidem voluntatis intestati defendi. Sed hoc ita obtinet jure communi. Jure autem singulari placuit parentum testamenta, licet imperfecta sint, valere inter liberos, *l. hac consultissima 21. §. 1. & auth. seq. T. de testam.* Cujus juris ratio hæc est, quod in parentibus cessat omnis fraudis & inductionis suspicio; atque ut illi optime sciunt, quid liberis eorumque singulis debeatur, ita etiam ex conjectura pietatis præsumi debent, bene prudenterque in singulorum persona disposuisse. Et quidem certi juris est, valere inter liberos testamentum parentis, quod imperfectum est propter omissionem requisitarum alias solemnitatum. Sed quod imperfectum est ratione dispositionis & voluntatis, ex communi Interpretum sententia nec inter liberos valet. Clarus. *§. testamentum quæst. 9.* post Bart. & alios *in d. l. 11. §. 1. C. de testam,* Gail. *lib. 2. obs. 112. n. 14.* quam sententiam & Cujacius probat in *l. si is qui 25. ff. qui test. fac.* eo quod hic vitio aliquo hæredum interrumpitur institutio, & Fac. *arg. in l.* Lucius Titius *40. pr. ff. de testam. mil.* Quod autem decepto testamento & nondum impleto dicitur in *l. ult. pr. C. famil. ercisc.* ad solemnitates referunt: nempe si pater solemne testamentum condere voluerit & cœperit, licet solemnia postea adhibita non sint, nihilominus voluntatem subsistineri, Bart. *in d. l. si is qui,* Salic. *in d. l. ult. post Gloss. ibid.* Atque ita ipse Constantinus verba sua in *pr. d. l. ult.* posita postea interpretatur, *etiamsi*, inquiens, *solemnitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta.* Non est tamen sine ratio-

tione; quod Costalius in *l. si filia* 20. §. *si pater*. 3. *ff. fam. ercisc.* communem sententiam sic temperat, ut si pater omnia inter liberos divisit illa divisio rata habenda sit, quamvis forte de nonnullis aliis rebus loqui volens, aut quædam legare, morbo oppressus sit, *arg. d. l. si filia*, §. 3. Quod nec Diod. Tuldeno ad *Cod. de testament. n.* 3. displicet: sed hoc in medio relinquimus. Extra controversiam igitur positum est, testamentum parentum inter liberos valere, etsi in eo solemnitates jure communi requisitæ observatæ non fuerint. De eo autem non convenit, utrum talis parentum dispositio valeat jure testamenti, an vero dumtaxat substineatur, ut ultima voluntas intestati? Prius asserunt Castrens. Alex. Jas. *in d. l. hac consultissima* 21. §. 1. *C. de testament.* quos sequitur Gilken. *ibid. n.* 9. Bachov. *ad* Treult. *disput. de testament. thes.* 6. *lit. H. & DD. comm.* Posterius Ant. Fab. *dec.* 35. *err.* 3. Schifordig. *lib.* 2. *tract.* 11. fere per tot. Fachin. 4. *cont.* 4. allegans Glossam in *d. l. hac consultissima*, §. 1. quæ tamen ibi nihil tale affirmat: sed aperte contrarium tenet in *l. filii.* 16. *C. famil. ercisc.* Haud facile quid hic statuendum sit, judicare poterimus, nisi prius constitutiones omnes, quæ circa hanc rem scriptæ, evolverimus. Sunt autem in hanc rem constitutiones complures. Prima est Diocletiani & Maximiani in *l. filii*, 16. *C. fam. ercisc.* ubi jubent Imperatores, etiamsi judicium patris tam circa testamentum, quam circa codicillos deficiat; si tamen quibuscumque verbis voluntas ejus declarata sit, arbitrum familiæ erciscundæ voluntatem patris sequi, licet ei ab intestato succedatur. Secunda est Constantini in *l. ult. C. eod. tit.* in eadem sententia. Sed Constantinus idem constituit, etiamsi liberi non sint in potestate, sed emancipati; & licet non verbis, sed quibuscunque indiciis aut signis voluntatem suam pater declaraverit. Tertia est Theodosii in *d. l. hac consultissima*, §. *ex imperfecto* 1. *C. de testa.* qui jus hoc singulare parentum auxit, & ad matrem quoque produxit, atque ad ascendentes utriusque sexus, *πάντας ἑκατέρας φύσεως*, ut hæc etiam à Justiniano memorantur in *præfat. Nov.* 107. Quarta est Justin. in 18. *c.* 7. unde *auth. si modo, C. fam. ercisc.* quæ pertinet ad divisionem factam per scripturam extra testamentum & codicillos, puta per epistolam: cui scripturæ, ut rata ac firma sit, Imperator vult subjici vel ipsius parentis, vel liberorum omnium, inter quos partitio fit, subscriptionem. Quinta & ultima est ejusdem Principis in *Nov.* 107. *c.* 1. & 2. unde sumptæ sunt duæ authenticæ, quæ ab Irnerio Codici insertæ sunt in *d. l. hac consultissima*, *auth. quod sine*, *auth. hoc inter.* ubi certam formam hujusmodi parentum scriptis dispositionibus Justinianus præscribit, & priores Constantini & Theodosii constitutiones uno atque altero casu corrigit. Primum cavet, ne qualiscunque scripta dispositio inter liberos valeat, sed ea dumtaxat, quæ sit *ὁλογράμματος* scripta plenis literis, sine signis aut abbreviaturis, & scripta aut subscripta à parente, denique quæ exprimat tempus, nomina liberorum, & uncias, ex quibus hæredes instituuntur. Deinde quod ad extraneos attinet, quos Constantinus & Theodosius plane excluserant, iis legata & fideicommissa relinqui permittit: quo tamen casu noluit sufficere scripturam, nisi testes intervenerint, *d. c.* 1. *vers. si tamen uxori.* Quod ab Irnerio omissum in *d. auth. quod sine.* Jam ut ad quæstionem propositam revertamur, puto eos recte sentire, qui imperfectam inter liberos parentum dispositionem valere existimant jure testamenti, non autem tantum, ut voluntatem intestati, utique si ponamus in tali dispositione liberos etiam hæredes institutos esse, quia sine hæredis institutione testamentum intelligi non potest, *arg. d. l. hac consultissima* 21. §. 1. *C. de test. & d. Nov.* 107. *c.* 1. ubi talis parentum dispositio, testamentum, *διατύπωσις*, *διαθήκη*, & parentes ita disponentes *διατιθέμενοι*, testatores appellantur, atque in eo testamento hæredes recte instituuntur. Omnis autem scriptura, qua hæres recte instituitur, testamento est. Nec obstat quod dicatur testamentum imperfectum, nam & testamentum militis imperfectum dicitur, *l.* 2. *ff. de injusto rupt. test.* ex quo tamen æque atque ex perfecto & solemni succeditur. Testamentum autem imperfectum factum à parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quam militum. Sed & rusticanorum testamenta sæpe imperfecta sunt ratione numeri testium & subscriptionis, quæ tamen ex privilegio vim cujusque perfecti testamenti habent, *l. ult. C. de test.* Quæ omnia argumento sunt, non eo minus ex testamento jure speciali legibus solemnitatum soluto succedi, quod imperfectum dicatur comparatum cum testamento solemni. Hoc idem & ex eo evincitur, quod in tali testamento & liberis prælegata, & ex constitutione Justiniani extraneis non modo fideicommissa, verum & legata relinqui possunt, *d. auth. quod sine*, quæ tamen non nisi ex testamento valent, §. *præterea, Inst. de fideic. hæred.* Fortissimum autem hujus rei argumentum est, quod hujusmodi testamentum parentis non rumpatur, nisi alio testamento omnibus modis perfecto: imo nisi & posterius perfectum fuerit, & parens simul testatus sit se

prius

prius revocare, *d. auth. hoc inter*, de quo vide Clar. *d* §. *quæst.* 98. Graff. §. *testam. quæst.* 86. Boer. *dec.* 240. Coren. *decis.* 39. *suprem. Cur. Holland.* Denique quod nimis absurdum est, alias sequeretur patrem jure privilegiario non nisi codicillos inter liberos facere posse. Cæterum multa huic sententiæ obstare videntur. Primum, quod ex ratione juris non videatur posse pro testamento haberi illa dispositio, quæ testium adminiculo non indiget: at sola scriptura, quam patris esse constat, etiam sine ullo teste hic sufficit ex communi & vera opinione, Gail. 2. *obs.* 112. Sed hoc leve est: nam testamentum non ex eo dicitur, quod coram testibus fiat, sed quod sit mentis & voluntatis nostræ ultima testatio. Explosione profecto dignus esset, qui sic argumentaretur. Non est necesse, ut in testamento militis per scripturam testantis ulli testes adhibeantur: ergo talis dispositio militis non videtur esse testamentum. Secundo objicit Ant. Fab. quod in huiusmodi imperfecto testamento non possunt liberi exhæredari. Sed nusquam hoc scriptum est, & communis opinio est in contrarium, teste Claro *d.*§. *testamentum, quæst.* 13. Demus tamen esse verum, non posse scilicet liberos in tali testamento exhæredari, quod & Curia Hollandiæ non ita pridem judicasse dicitur, quid tum postea? in exhæredatione apud nos requiritur, ut testes sint Scabini, an ideo dispositiones, quæ vulgo fiunt apud Notarium coram duobus aut tribus testibus non Scabinis, non valebunt, ut testamenta? Tertio huic sententiæ objicitur, *l. hac consultissima* 21. §. *si quis autem* 3. *C. de testament.* ubi si cum in priore testamento perfecto scripti sunt extranei in posteriore autem imperfecto, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quam quinque testes intervenerint, placet quidem infirmato priore testamento posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tanquam testamentum, sed tantum tanquam ultimam voluntatem intestati. Respondemus nullam ex hoc loco ad parentes, quorum jus longe plenius est, quam agnatorum, illationem fieri posse. Imo ex contrario, cum in casu *d.* §. *si quis autem*, Theodosius expresse sanciat, ut posterior imperfecta scriptura non quasi testamentum, sed tantum quasi voluntas ultima intestati valeat, recte colligas, voluisse eum imperfectam parentum voluntatem, de qua agit in *d. l.* 21. §. 1. valere quasi testamentum, quoniam eam valere & tenere vult absolute & simpliciter. Postremo objiciuntur constitutiones duæ. Prima est Diocletiani & Maximiani in *l. filii* 16. *C. famil. ercisc.* cujus hæc est sententia: Si pater neque testamentum fecit, neque codicillos, aut fecit quidem, sed in iis judicium suum circa rerum divisionem deficiat: si tamen quibuscumque verbis voluntatem suam declaravit, quo ad bonorum inter liberos divisionem, hanc patris voluntatem licet ab intestato ei succedatur, judicem familiæ erciscundæ sequi oportere. Sic enim verba, *si tam circa testamentum, quam codicillos judicium ejus deficiat.* accipienda sunt, non ut cum glossa & plerisque aliis ea accipit Gothofredus, quasi scriptum esset si solemnitates in testamento aut codicillis requisitas pater non observavit. Nam codicilli nullam solemnitatem desiderant, *l.* 6. §. 1. *ff. de jur. codicill.* §. *ult. Instit. eodem*; & demum longe post tempora Diocletiani aliqua desiderari cœpit à Theodosio, *l. ult.* §. *ult. C.eod.* nec tam voluntas aut judicium, deficiente aliqua solemnitate, quam jus deficit. Nempe igitur agunt illic Imperatores de divisione hæreditatis obventuræ inter liberos facta à parente intestato, vel extra testamentum, quod sæpe & convenienter juris auctoritati fieri solebat: *l. si filia* 20. §. *si pater* 3. *ff. fam. ercisc. l. parentibus* 8. *C. de inoffic. testam.* ut nihil novi illic ab Imperatoribus inducatur: quod etiam postrema constitutionis verba ostendunt, dum ajunt hoc ipsum quod constituunt, etiam juris auctoritate significari: optime Gudelinus *lib.* 2. *de jur. nov. c.* 4. *circa fin.* Nil igitur esse in ea constitutione, quod nostræ & communi sententiæ obstet; non illa verba, *licet ab intestato ei fuerit successum.* quæ Fachinæus & Ant. Faber urgent. Tunc enim patri ab intestato succeditur, cum testamentum non fecit, licet fecerit codicillos. Altera constitutio, quæ objicitur, est illa Constantini in *l. ult. C. fam. ercisc.* ex qua constitutione etiam eo casu, quo pater inter liberos testatus est, sed dispositione imperfecta, qui casus in principio ponitur, non aliter quam ab intestato succedi videtur, atq. verb. *licet ab intestato ad successionem liberi vocentur*, & quia hic etiam paterna illa dispositio non vi propria, sed externa, nempe officio arbitri familiæ erciscundæ, sustinetur. Respondent plerique cum Accursio, verba illa, *licet ab intestato*, *&c.* referenda esse ad casum, quo pater aut codicillos tantum fecit, aut per epistolam: vel quibuscumque verbis indiciisve voluntatem suam significavit. Et quidem eo commode referri possent, si ipso jure aut vi paternæ dispositionis voluntas patris effectum sortiretur, sed quia non nisi ope Judicis familiæ erciscundæ voluntas patris exitum habere potest, quod est argumentum eam voluntatem non valere ipso jure, *l.* 2. *C. de inoffic. donat.* Melius est, ut dicamus jus parentum procedente tempore auctum esse primum constitutio-

tione Theodosii. *d. l. hac consultissima*, §. *ex imperfecto*, *C. de testam.* deinde & quidem maxime, constitutione Justiniani *Nov.* 107. *c.* 1. quibus disertè cavetur, ut voluntas parentum liberos suos imperfecto testamento instituentium teneat, ac rata sit simpliciter, ac proinde ipso jure sine ullo adminiculo externo. Ex his, ut opinor, occurri poterit & cæteris, quæ forte huic sententiæ ab aliis objiciuntur.

CAPUT XVII.

An verbis nuncupata parentum imperfecta dispositio inter liberos ex privilegio valeat?

NOn ignobilis quæstio est, an ut scripta, ita etiam nuncupata parentum imperfecta voluntas, coram duobus vel tribus testibus, aut paucioribus utique, quam septem jure singulari valeat & tenere debeat? Negat id Martinus antiquus glossator, cujus sententiam ex veteribus secuti Fulgosius & Salicetus in *auth. quod sine*, *C. de testam.* Cæteri verò Interpretes tam veteres, quam recentiores in contrarium iverunt, uno fere Antonio Fabro excepto, qui Martini causam à cæteris, quos ille pragmaticos nomine minus honorifico, appellat, desertam rursus suscepit, atque acriter speciosis argumentis defendit *dec.* 35. *err.* 4. *& dec.* 36. *& err.* 9. Sed videamus, an tam absona, ut Faber putat, à ratione juris constituti, omnique legum auctoritate destituta sit illa interpretum communis sententia, affirmantium etiam nuncupativam, licet, imperfectam, parentum inter liberos dispositionem subsistere. Unum autem in effectu argumentum est, quo Faber hanc sententiam oppugnat, nempe quod, ut ille ait, leges omnes & constitutiones, quæ circa parentum dispositiones non solemnes promulgatæ sunt, tantum loquantur de scriptis parentum voluntatibus, *l. ult. C. fam. ercisc. l. hac consultissima* 23. §. *ex imperfecto*, *C. de testam. Nov.* 107. *c.* 1. unde sumpta *auth. quod sine*, *C. d. tit.* Quod attinet ad illam novellam Justiniani constitutionem, fateor verum esse quod dicit: neque enim forma, quæ illic præscribitur, convenit voluntati ἀγράφῳ sed cur de non alia quam scripta parentum voluntate ibi agat Justinianus, postea intelligetur. Sed & forte etiam Theodosius in *d.* §. *ex imperfecto*, per testamentum imperfectum non aliud intellexit, quam quod per scripturam factum est, quoniam non de aliis, quam de scriptis testamentis in principio constitutionis locutus fuit, quanquam hujusmodi collectiones, præsertim in rescriptis Principum non sunt necessariæ: atque ut id, quod dicitur in *d.* §. *ex imperfecto*, aliorum testamenta imperfecta non tenere, generaliter verum est, sive scripta sint sive nuncupativa, ita etiam generaliter accipi potest & debet; sic ex contrario, quod dicitur imperfecta parentum testamenta valere inter liberos, etiam generaliter, & sine exceptione intelligi potest. Et forte ideo Theodosius postea, cum de testamentis nuncupativis tractat, nullam subjicit exceptionem, Sed neque ex *l. ult. C. fam. ercisc.* quæ Constantini est, constans & firmum argumentum pro Martini sententia deduci potest. Etenim ex eo, quod Constantinus meminit epistolæ & cujuscunque scripturæ, minime sequitur voluntatem parentum sine scriptura, verbis apud testes declaratam ratam non esse. Prius enim & testamenti meminit & codicillorum, quæ utique & sine scriptura fieri possunt. Neque illa Constantini verba, *sive quocunque alio modo scripturæ*, *&c.* respiciunt totum antecedens, sed proximum dumtaxat, & illa, *seu epistola parentis*, *&c.* ut hic sit sensus, sive non testamentum aut codicilli, sed tantum epistola parentis relicta inveniatur, sive quodlibet aliud scriptum, quo vel verbis, vel quibuscumque indiciis voluntas parentis significetur. Et utique non est verisimile eum, qui vult subsistere voluntatem patris quocunque scripto & quibuscumque indiciis declaratam, nolle servari voluntatem patris verbis coram testibus nuncupatam, licet paucioribus quam septem; & qui etiam ænigmata & tales conjecturas admittit, ὡς μάντεων μᾶλλον, ἢ ἑρμηνέων ταῦτα προσδεῖσθαι, ut Justinianus loquitur in *d. præfat.* eum manifesta velle rejicere. Postquam satis sibi probasse visus est Antonius Faber, ex solo testamento imperfecto, quod per scripturam à parente factum est, voluntatem inter liberos custodiri, non autem ex eo, quod factum est per nuncupationem hujus diversi juris etiam rationem afferendam putavit: & nempe hanc attulit, ut omnis falsi commiscendi ratio præripiatur; multa enim esse in jure nostro, quorum probatio per scripturam permissa, per testes prohibita, quasi semper minus suspecta sit probatio, quæ fit per qualemcumque scripturam, quam quæ per testes, licet omni exceptione majores: quod minime ei concedendum est, per *l. exercendis* 15. *de fid. instrum* & constat, quam fallax sit probatio per comparationem litterarum, *l. comparationes* 20. *C. eod.* quam facilis alienæ manus imitatio, & maxime, si scriptor usus sit notis quibusdam aut signis, qualis tamen parentum scriptura ex lege Constantini inter liberos rata est.

Denique, si vera est illa Antonii Fabri ratio, cur

cur æque in testamento scripto testes jure communi requiruntur, & non pauciores, quam in nuncupativos? Verum quidem est, nullorum magis interesse, quam ipsorum parentum, ne falsum pro eorum judicio subjiciatur: sed male inde colligitur Faber, ex eo esse, quod scripto eorum judicio ἀμαρτύρῳ plus tribuatur, quam nuncupato coram testibus. Quin ex eo ipso loco, quem Faber allegat, contrarium apparet, nempe ex *l. Divus* 24. *ff. de testam. milit.* ubi militibus non minus conceditur hæredem nuncupare citra solemnitatem dummodo testes aliquot adhibeat, quam scribere nullo teste adhibito, quamvis non aliorum magis, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, interesse dicatur, ne quilibet multis sermo pro vero ejus judicio capiatur. Unum præcipue est, quod hic nobis objici possit, nempe quod nullum adhuc locum protulimus, ubi expresse non minus qualiscumque nuncupata parentum voluntas, quam scripta, inter liberos custodiri jubetur. Ecce igitur tibi etiam textum in hanc rem expressum in *l. filii* 16. *C. fam. ercisc.* ubi Diocletianus & Maximianus diserte jubent Judicem familiæ erciscundæ voluntatem patris quibuscumque verbis, etiam extra testamentum aut codicillos declaratam sequi; ac proinde non modo scriptam, verum etiam lingua nuncupatam. In sequentes autem Principes jus parentum non imminuerunt, sed auxerunt, excepto eo, quod Justinianus voluit, cum per scripturam parentes testantur, voluntatem eorum scribi δι ὅλως γραμμάτων, ut ipse loquitur in *d. Nov.* 107. *cap.* 1. ἐν τοῖς συμβόλοις τῶν ἀριθμῶν, quod Constantinus permiserat. Atque hinc illud etiam apparet, esse in objectione Antonii Fabri insufficientem partium seu legum enumerationem. Jam quod attinet *d. Nov.* 107. facile ex præfatione, qua utitur Justinianus, colligitur, eam solum accipiendam esse de parentibus, qui scripto inter liberos testari volunt. Nam diserte illic profitetur, se in veteribus legibus, quæ sunt de imperfecto parentum testamento, illud reprehendere, quod scripturas quasvis admiserint, etiam in quibus voluntas testatoris manifesta non est, μὴ ἐναργὴς καὶ ἀσαφὴς, quæ tantum τεκμηρίοις, conjecturis quibusdam & indiciis nitatur, notans præcipue constitutionem illam Constantini in *d. l. ult. C. fam. ercisc.* & talem scripturam διὰ τὸ ἀσαφὲς, propter incertum voluntatis improbans. Cum autem in scriptura solum hæc ἀσάφεια metuatur, ubi res notis scribi possunt, verba trincata esse, res partim à testatore scripta, partim ab alio, ad scripturam etiam solum constitutionem suam retulit Justinianus. In testamento vero nuncupativo nihil mutavit, cum nihil tale metuendum sciret, ubi nullæ sunt notæ, unus tantum loquitur, non duo, ubi non proferuntur verba dimidiata, sed plena voluntas pronuntiatur. Hæc sententia, ut est communis, ita & certo jure ubique in praxi & foro recepta. Vide Clar. §. *testamentum, quæst.* 16. Grot. *lib.* 2. *introd. cap.* 17. Sand. *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 7. quod & ipse Antonius Faber ultro fatetur.

CAPUT XVIII.

An testamentum juxta statuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis solemnitas?

TEstator ibi testamentum fecit, ubi coram duobus testibus & notario testari licet, ut in hac nostra Batavia. Quæritur, an tale testamentum valeat etiam in iis locis, ubi major desideratur solemnitas, & verbi causa testes septem, ut in Frisia, ubi sequuntur jus civile Romanorum. Affirmant *DD. comm. in l.* 1. *C. de summ. Trinit.* Vivus 1. *opin.* 37. & secundum hanc sententiam sæpissimè judicatum. Guid. Pap. *decis.* 262. Thessaur. 2. *quæst. for.* 8. Mynsing. 1. *obs.* 19. & 20. Gail. 2. *obs.* 123. Joann. à Sande *lib.* 4. *rer. jud. tit.* 1. *defin.* 12. Sunt tamen, qui in contrarium eunt, & in quæstione proposita sic distinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis sententia: at circa res soli spectandum jus ejus loci in quo sitæ sunt: quippe res mobiles, quoniam ubicunque sunt, ibi sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possint, personam sequi, non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundum constitutiones loci cujusque possessionis, *arg. l. ult. ff. de jurisd. l. ex ea* 9. *ff. de postul. l.* 4. *C. de jur. fisc.* ita Mansuer. *in sua prax. tit. de success.* Nicol. Burgund. *ad consuet.* Fland. *tract.* 6. Christin. *vol.* 2. *decis.* 3. *& seqq.* Bus. *ad l.* 6. *ff. de evict.* Diod. Tuld. *in breviar. ad C. tit. de testam. n.* 5. Mihi prior sententia probabilior videtur, & errare posteriorem sequentes in eo, quod existimant etiam eas testamentorum leges, quæ ad solemnitatem ordinationis pertinent afficere rem ipsam de qua disponitur: in quo apertè falluntur; cum utique multum intersit inter formam seu ritum disponendi, & rem ipsam, quæ subjectum est dispositionis, seu id, de quo fit dispositio. Omnino enim in universum plurimum refert, utrum statutum quid constituat circa actus alicujus solemnitatem, an circa rem, puta fundum, locumve. Quæ statuta in

rem

rem concipiuntur, rem ipsam haud dubie afficiunt, ut ubicumque, sit ejus loci ubi est, legibus obstringatur. Qualia sunt, quæ de successionibus ab intestato disponunt Schur. *ff. cent. 1. consil. 6. n. 1. & 2.* Gail. *obs. 124. n. 4. & seqq.* Sic apud nos, licet quantum ad res mobiles servetur jus successionis, quod obtinet in loco domicilii defuncti; in rebus tamen soli custoditur jus loci, ubi sitæ sunt, Grot. *lib. 2. introduct. c. 19. in fin.* Eodemque jure censenda sunt & statuta, quæ circa habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. Ponamus legibus aut moribus alicujus regionis filiisfam. permissum esse de bonis maternis cæterisque adventitiis testamentum condere, ut in plerisque locis Belgii. Leonin. *lib. 6. emend. c. 3. in fin.* Perez *ad tit. C. qui testam. fac. n. 9.* hoc testamentum non valebit iis in locis, ubi filiusfam. jus faciendi testamenti non habet, sicut in Frisia, ubi etiamnum obtinet jus civile, Sande *d. lib. 4. d. fin. 1. add.* Gail. *d. lib. 2. obs. 124.* Gomez *ad l. 3.* Tauri *n. 20.* Quibus autem statutis aliquid cavetur, quod ad actus solemnitatem dumtaxat pertineat, cum ea neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed formam solummodo actus, qui fit in loco statuti aut consuetudinis, rationi & juri magis consentaneum est, ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita: quoniam cum actuum solemnia ad eorum spectent jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l. 6. ff. de evict. l. 3. in fin. ff. de testib. l. 2. C. quemadm. test. aper. l. 9. l. ult. C. de test.* consequens est, ut actus secundum jus & consuetudinem loci recte & legitime perfectus ubique vigorem suum obtineat, & ejus juris, cui persona testatoris subjecta est, potius ratio habeatur, quam loci bonorum, quæ illius sunt accessio. Ac videtur testamentum in hoc sapere naturam contractus. Utique hoc posito, quod nemo negat, testamentum valere, rationis est, ut ex eo quoque universa bona hæres consequatur, cum titulus ex testamento sit universalis & individuus. Et alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, cum ex contrario testamentum unius tantum unum esse possit; aut quod absurdum est, unum idemque testamentum diverso solemnitatum jure instruendum esset, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundum diversorum locorum placita aut mores dijudicari oporteret Pechk. *de testam. conjug. lib. 4. c. 28. in fin.* Sande *d. defin. 14.* ubi etiam prudenter temperat novam distinctionem Fachinæi circa advenam in aliquo loco testantem secundum consuetudinem illius loci. Ad ea, quæ objiciuntur, facilis responsio est, Quale est illud, quod cum statuta sint localia, ubi cessat jurisdictio statuentium, ibi & cessare debeat statuti dispositio, juxta vulgatum illud. Extra territorium jus dicens nihil agit, *l. ult. ff. de jurisd.* Negamus enim eos, qui circa actus testamentarii solemnitatem aliquid statuunt, observandum in territorio suo, etiamsi ille actus ita celebratus alibi quoque valere debeat, dici posse, propterea jus dixisse aut statuisse extra territorium. Contractus & cæteros actus celebratos in loco statuti secundum formam à statuentibus præscriptam, ubique vim habere constat: nemo tamen est, qui ex eo colligit, tale statutum egredi jurisdictionem statuentium: quia, quod alibi quoque hujusmodi actus valeant, non nisi ex consequentia quadam fit, non autem directo vi ipsius statuti, quod tantum disponit de eo, quod ad jurisdictionem statuentium pertinet. Et hoc est quod Salicetus in *l. 1. C. de summ. Trinit.* ait, statutum concernens solemnia testamenti non disponere de bonis principaliter, sed tantum sufflare spiritum in testamentum illud validando. Ex eo autem, quod à Papiniano in *l. 9. ff. de postul.* responsum est, eum qui prohibitus est, pro alio postulare ex causa, quæ infamiam non irrogat, in ea tantum provincia pro aliis postulare non posse, in qua Præses fuit, qui sententiam dixit, in alia vero posse, quid argumenti magis contra, quam pro communi sententia elici possit, ego non video: sicut nec ex eo, quod constituitur in *l. 4. de jur. fisc.* ut præd. τῶν μετοίκων in fiscum redigantur, quæ habebant prius quam demigrarent, nec ante ab eis distracta sunt, nisi specialiter id eis Princeps concesserit ut ea sibi possent retinere: ut tamen non arceantur à successione parentum, quos in ea civitate, unde migrantur, reliquerunt. Quid enim, quæso, hæc species commune habet cum illa nostra initio præposita? Plane, si lex expresse jubeat testatores sequi ejus loci jus, in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantiæ emissa anno 1611. cujus meminerunt Christinæus & Tuldenus, *ubi supra*; Perez. *in Cod. de testam. 21. n.*

CAPUT XIX.

An liberis suis hæredibus præteritis à patre totum testamentum sit ipso jure nullum etiam hodie post Novell. 115. c. 3.

INterpretes vulgo ex eo, quod *auth. ex causa, C. de lib. prætor.* generaliter & indistincte ab Irnerio concepta est hoc modo: *Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamen-*

tum, quantum ad institutiones, cætera namque firma permanent: colligunt id jus quoque pertinere ad præteritionem paternam, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit etiam jure novissimo, tamen hoc jure dumtaxat nullum esse, quoad institutionem, non quoad cætera capita, puta legata, fideicommissa, &c. atque hactenus etiam in proposito jus vetus relatum in *l. 1. l. filio præterito 17. ff. de injust. rupt. test.* mutatum esse Bart. *in d. auth. n. 3. C. var. in C.* Rainutius *ext. de testam. §. 6. n. 3. & seqq.* Clar. §. *testam. quæst. 5. 2.* Grass. *in dict. legatum quæst. 57. n. 2.* Gail. *2. obs. 113.* Fachin. *6. contr. 77.* Bronch. *cent. 3. assert. 29.* usque adeo, ut contendant irrito facto testamento, sic enim loquuntur, ex causa præteritionis paternæ, legata & fideicommissa actione ex testamento peti posse, quasi etiam tale testamentum jure novissimo valeat pro his, quæ in eo relicta sunt, Gail. *d. obs. 113. in fin.* Donell. *in d. auth. ex causa n. 12.* Duar. *ad tit. de injust. rupt. irrit. test. c. 2.* Fachin 4. *contr.* 10. Sed quantum ego judicare possum, omnino male & perperam. Nam, ut hoc primum dicam, non bene Irnerius *d. auth. ex causa*, his verbis concepit: *Ex causa exhæredationis aut præteritionis irritum est testamentum, &c.* cum dicere debuerit, testamentum irritum constituitur, aut evertitur. Hoc ex eo apparet, quod Justinianus in tota illa sua constitutione, *Nov. 115. c. 3. & 4.* unde decerpta est *d. auth. ex causa*, tantum agat de testamentis, quæ ipso jure valent, & ex quibus adiri potest hæreditas? sed quæ postea propter iniquam exhæredationem vel præteritionem judicio de inofficioso rescindi possunt; non de iis, quæ ab initio nulla sunt. Utitur enim Imperator his verbis, eaque ingeminat, ἀκυροῦσθαι irritum constitui, & ἀνατρέπεσθαι, subverti, rescindi: quæ de iis tantum prædicantur, quæ ab initio constiterunt: Quippe irrita fieri, aut rumpi ea demum dici possunt, quæ cum antea constarent, versa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Quæ autem nunquam constiterunt: sive quæ ab initio non jure facta sunt, irrita quidem esse recte dicimus, at non irrita constitui aut fieri: in quam rem a nostris allegatur, *l. 5. ff. de injust. rupt. test. §. hoc autem 5. Inst. quib. mod test. infirm.* Cum itaque Justinianus non dicat, τῆς διαθήκης μηδεμίας οὔσης, testamento non subsistente, sed τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, testamento infirmato, aut irrito reddito *c. 3. in fin. d. Nov. 115.* & ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, subverso testamento, *c. 4. §. εἰ τὰς τοιαύτας*, non debuit Irnerius dicere ex causa exhæredationis aut præteritionis irritum esse testamentum, sed irritum constitui, aut rescindi. Sed etsi verba constitutionis deficerent, multa tamen alia, quæ eadem constitutione caventur, verum esse arguunt, quod dicimus, Justinianum de iis solummodo testamentis agere quæ ipso jure consistunt, & ex quibus adiri possit hæreditas. Quomodo enim aut quando scripti hæredes, quod nominatim iis injungitur, exhæredationis causam à testatore expressam probare possent, si ipsi non essent hæredes? aut quomodo hæredes esse possent sine aditione? aut denique adire ex eo testamento, quod constet ipso jure nullum esse? Utique non ante vel aliter testamentum pro everso aut rescisso haberi vult Justinianus, quam si scripti hæredes, querentibus exhæredatis, exclusi sint à probatione causæ ingratitudinis, sive quod testator ipse nullam allegaverit, sive allegaverit aliquam, quam hæredes probare non potuerunt. Evincit hoc idem & accurata illa causarum ingratitudinis in *d. Nov. 115. c. 3.* definitio. De his enim causis apud centum viros, in judicio querelæ inofficiosi solum inquirebatur: unde iterum liquet, non de aliis testamentis Justinianum agere, quam quæ inofficiosa argui, & per querelam everti possunt? & consequenter non de aliis, quam quæ ipso jure valent: quale non est testamentum patris, in quo liberi præteriti: hoc enim ab initio ipso jure nullum & inutile est, *l. 7. ff. de lib. & posth. l. 1. ff. de injust. rupt.* adeo, ut nec ex post facto aut lapsu temporis unquam convalescat, *pr. Instit. de exhær. lib. l. 7. ff. de lib. & posth. l. 1. ff. de injust. rupt. test.* Denique quod pro parte tantum rescinditur, necesse est in totum ab initio constitisse. Nihil igitur Justinianus circa præteritionem paternam novi juris introduxit: nisi quis dicat, quod quibusdam visum est, Justinianum omnem præteritionem exæquasse exhæredationi, sublato veteri discrimine præteritionis paternæ & maternæ. Sed hoc Justiniano propositum fuisse nequaquam credendum est. Cur enim, si hoc dicimen & jus vetus tollere voluit, id non expressit, uti fecit antequam causas ingratitudinis definiret, & ubique alibi facit? Nec enim unquam solet Justinianus quicquam mutare ex jure antiquo sine præfatione & commutatione causæ, qua impulsus id faciat. Animadvertere illi debuerant Justinianum in *d. Nov. 115. c. 3.* non aliter loqui, quam in *pr. Inst. de inoff. test.* aut quam Marcellus loquitur in *l. 3. ff. eod. tit.* sancit enim non licere patri vel matri liberos suos exhæredes facere aut prætetire, nisi forsan probantur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subjectis attribuenda sunt, ut exhæredes facere non liceat pa-

patri, matri non liceat præterire, quemadmodum in *d. pr. & d. l.* 3. alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liquet hoc ex eo, quod Justinianus in *d. Nov.* 115. *c.* 1. aperte profitetur hoc solum sibi propositum esse, ut injuriam exhæredationis & præteritionis à liberis avertat. Jam vero injuria ea propriè est, quæ vel exhæredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exhæredationis habet, *l. Papinianus* 8. *in pr. ff. de inoff. test. l.* 4. *vers. quod si fuisset, circa med. C. de lib. præter.* Nam etsi à patre quoque præteritis injuria inferebatur, non inferebatur tamen cum effectu: quippe cum ex ea causa testamentum patris prorsus inutile & nullius momenti esset. Exhæredatis autem à patre, aut etiam præteritis à matre cum effectu inferebatur injuria: quæ quanquam vindicabatur judicio de inofficioso, tamen si legitima portio quocumque titulo liberis, quantumvis obsequentissimis, relicta fuerat, injuria illa manebat, §. *sed hæc* 3. *Inst. de inoff. testam.* cui rei occurrere voluit Justinianus, atque ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam legitimam quolibet titulo relictam esse: sed necesse esset, liberos vel hæredes institui, vel exhæredari addito elogio. Cæterum, quia illata per exhæredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione hæredis, sufficere etiam ei visum fuit institutionem solam rescindi, salvis cæteris testamenti capitibus, cum olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua causa testamentum ab initio nullum est. Omnino enim explodendus est eorum error, qui putant filium etiam non rite à patre exhæredatum, modo ei quocumque titulo legitima relicta esset, jure antiquo queri debuisse de inofficioso, nec alio jure ad bona patris venire potuisse. Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in potestate testamentum ipso jure nullius fuisse momenti? Nec vero eominus pro præterito habebatur, aut nullum erat testamentum, quod quarta debitæ portionis, aut etiam multo amplius præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus esset, nec ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimabatur, omnesque præteriri censebatur, qui neque hæredes instituti erant, neque ut oportet exhæredati, §. *eadem* 12. *Inst. de hæred. quæ ab intest.* Quod vero Ulpianus in *l.* 8. §. *si quis* 6. *ff. de inoff. test.* ait secure eum testari, qui mortis causa quartam donavit, non sic accipiendum est, posse patrem isto casu filium præterire, sed posse secure exhæredare hoc effectu, ut & testamentum jure consistat, nec per querelam rescindatur. Sed neque pertinet *d. Nov.* 115. *c.* 3. ad ea testamenta, in quibus liberi posthumi aut emancipati à patre præteriti sunt, quamvis illa jura subsistant: nam istorum nativitate testamentum rumpitur ipso jure, & in totum infirmatur; his præteritis per contratabulas bonorum possessionem evertitur, §. 1. & §. *emancipatos* 3. *Inst. de exhær. lib.* ut proinde nec hic querelæ, de qua una in *d. Nov.* agitur, sit locus: quippe, quæ non datur, alio jure ad hæreditatem parentum liberi venire possunt, §. 2. *Inst. de inoff. testam.* nec quicquam ex hoc jure expresse mutatum reperitur. Quamobrem cum, ut satis abundeque demonstravimus, tota sancio Justiniani in *d. Nov.* 115. *c.* 3. spectet liberos, quibus ab hæreditate patris exclusis nec civili nec prætorio jure ullum remedium competit, sed tantum una querela inofficiosi testamenti; ex causa autem præteritionis paternæ testamentum vel ipso jure nullum sit, vel rumpatur agnatione sui hæredis, aut data bonorum possessione contra tabulas evertatur: in universum dicendum est, non ad alios liberos eam Justiniani constitutionem pertinere, quam qui legitime à patre sunt exhæredati; nec potest ea produci ad præteritionem paternam sine insigni liberorum, quibus consulere voluit Justinianus, læsione. Matris autem præteritio pro exhæredatione semper reputata fuit. Ac proinde liberi à matre præteriti neque civili jure, neque prætorio testamentum turbare possunt, non magis, quam à patre exhæredati: sed his unicum tantum adminiculum superest, videlicet querela inofficiosi testamenti, §. *ult. Inst. de exhær. lib. l.* 8. *pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* Hanc sententiam Azoni & plerisque veterum probatam fuisse testantur Bart. & Jas. *in d. auth. ex causa,* quos secuti Cujac. *in l. filio* 17. *ff. de injust. rupt. test.* Govean. *in l.* 1. *ff. de vulg. & pup.* Ant. Fab. *lib.* 9. *conject.* 14. & *dec.* 20. *err.* 4. Giken. *in d. auth. n.* 1. & *seqq.*

Sunt, qui interesse existimant, utrum præteritio facta sit à patre ignorante sibi liberos superesse, an à sciente, illo casu totum testamentum irritum esse, nisi adjecta sit clausula codicillaris: hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa salva manere, quæ sententia præjudiciis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit. Ant. Fab. *Cod. suo for. de li. & posth. defin.* 1. Christin. *vol.* 4. *dec.* 9. & probatur Diod. Tuldeno *in comment. Inst. de inoff. test. c.* 1. In hisce autem regionibus passim necessitatem exhæredandorum liberorum si hæredes non instituantur, non agnoscimus, utpote, quæ suorum tantum hæredum propria est,

quales hæredes nos non habemus: sed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exhæredatione habetur, exemplo militarium testamentorum §. *sed si 6. Inst. de exhær. liber.* intelligo ut ipso jure valeat testamentum, non quin tanquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione Judicis redigi. Nam querelam modis omnibus etiam nos retinemus, si inique & contra officium pietatis exhæredatio aut præteritio facta proponatur, Gudelin. *lib. 2. de jur. noviss. c. 5.* Grot. *lib. 2. introd. c. 18.* Christin. *vol. 4. decis. 20. n. 8.* Groenevv. *de legib. abrog. ad tit. Inst. de exhær. lib. in pr.*

CAPUT XX.

Utrum si exhæredatio facta sit sine elogio, testamentum ex Nov. 115. nullum sit, an jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela sit opus?

Elegans quæstio est, utrum si exhæredatio facta sit omisso elogio, id est, sine expressione causæ ingratitudinis, testamentum ex constitutione Justiniani *Nov. 115. c. 3. & 4.* nullum sit ipso jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus. In hac quæstione numero vincunt, qui ad validitatem testamenti negant sufficere exhæredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam. Quod si verum est, nullus usus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo casu, cum exhæredationi aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit Joannis, relata à Glossa in *l. ff. de inoff. test.* probata plerisque Interpretibus in *auth. ex causa, C. de lib. præt.* Clar. §. *test. q. 40.* Gomez *1. resol. 11.* Covar. *in c.* Rainutius *p. 1. n. 7. c. 16.* Wesemb. *par. de inoff. test. num. 7.* & latè defensa à Bach. *ad. pr. Inst. eod. tit.* Cæterum, ut plurimis hæc sententia placeat, non desunt tamen, qui eam taxent, ut constitutioni Justiniani minime consentaneam: & sane, ut mihi videtur, non immerito. Nam qui diligenter eam constitutionem evolvet, comperiet ex tenore Imperatorem non agere de iis rebus, quæ ad internam testamenti solemnitatem ritumve exhæredationis pertinent; sed tantum de causis, ob quas facta exhæredatio, juste vel injuste facta intelligatur. At injustitia exhæredationis non vitiat testamentum ipso jure. Quamobrem nos contra sic statuimus, etiam post *d. Nov. 115.* dummodo liberi quicunque erunt, rite sint exhæredati secundum formam juris, scilicet nominatim, pure, simpliciter, quamvis aut nulla sit causa exhæredationis, aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exhæredatis dari, etiam posthumis & infantibus. Vide enim, quæso, quæ superiori sententiæ sint consequentia. Efficitur ex ea, ut testamentum nullum sit, etiamsi præteriti sint liberi mancipati? etiamsi præteriti sint sine elogio, qui nunquam in potestate fuerunt, ut posthumi exhæredati nativitate rumpatur ipso jure testamentum; ut infantium atque adeo impuberum fere omnium exhæredatio nullius momenti sit; denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis sui hæredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas; deletur, §. *emancipatos 3. item §. sed hæc quidem 15. & §. ult. Inst. de exhær. liber.* Deleantur ferme in totum *tit. ff. C. & Inst. de inoff. test.* Quis verò credat tot capita, juris veteris à Justiniano tacitè abrogata, qui nunquam solet quicquam de jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba *d. Nov. 115. cap. 3.* circa fin. & *cap. 4. §. si tales 9.* ubi cum jussisset Imperator, si exhæredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent scripti hæredes, firmum manere testamentum, sive, ut ipse loquitur, *εἰ τῇ ἰδίᾳ ἰσχύι διαμένειν, τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχύν*, subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis *ἀκυροῦσθαι* & *ἀνατρέπεσθαι*, quæ de iis tantum prædicari solent, quæ ab initio constiterunt. Quo vero remedio revertetur? Non alio haud dubie, quam querela inofficiosi, quæ una exhæredatis, aut præteritis ea præteritione, quæ vim exhæredationis habet, supererat. Arguit hoc diligens illa causarum ingratitudinis, de quibus in judicio querelæ agitur, numeratio & definitio, quæ causam novæ constitutioni dedit. Ad hæc, si dicimus liberis omnibus sine elogio exhæredatis aut præteritis testamentum potestate d. constitutionis nullum esse, non liberis tantum consulimus, sed extraneis etiam defuncti hæredibus legitimis: quippe ad quos tum liberis repudiantibus, aut ante parentem, aut priusquam hæreditatem adierint, mortuis, hæreditas defuncti ab intestato perventura sit exclusis scriptis hæredibus, qui alioqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis dumtaxat prospectum voluit, ne his noceret exhæredatio, non consulere aliis contra scriptos testamento hæredes. Postremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosi querelam; sed proniorem atque expe-

peditiorem ei viam facere, unique potissimum rei afferre remedium, ne scilicet liberi exhæredati aut præteriti ob difficultatem probandi se semper officiosos fuisse, parentum hæreditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum jure veteri exhæredatio habeat, unum hunc, ut absolvat testamenti paterni solemnitatem, ut ne nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit rite factam esse, quamvis injusta sit, alterum, ut exhæredatum summoveat ab hæreditate, ad quod insuper exigitur, ut facta sit justis de causis: posteriorem tantum effectum restringere voluit Justinianus priore in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa à testatore expressa sit sive aliqua, quæ tamen non sit ex iis, quæ *d. Nov.* 115. *c.* 3. continentur aut ex iis quidem, sed in cujus probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu exhæredatus de inofficioso hodieque aget & postulabit, ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati: neque alio remedio ad bona defuncti parentis venire poterit. Idemque erit, si liberi præteriti sint ab iis parentibus, quorum præteritio pro exhæredatione est, ut matris & avi materni licet causa adjecta non sit. Falsum enim est, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exhæredatione amplius non haberi, sed ex hac causa non minus nullum esse testamentum, quam si pater præteriisset, nisi præteritioni additum sit elogium: quippe qui contra rationem juris necessitatem exhæredandi illic introducunt, ubi non est suitas, *l.* 11. *ff. de lib. & posth. l.* 4. §. 2. *ff. de bon. poss. cont. tab.* Proinde nihil quoque interest parentes à liberis exhæredati sint, an præteriti: nam hæc in linea adscendentium nihil differunt. Ita concludimus cum Fulgos. & Don. *in d. auth. ex causa.* Duar. *cap.* 3. *ad tit. de inoff. test.* Vigl. *ad rubr. Inst. eod.* Cujac. *ad Nov.* 18. Vasq. *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 20. *num.* 162. *& seqq.* Fachin. 4. *controv.* 9. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 4. Perez. *in Cod. tit. de lib. præt. n.* 13.

Argumenta dissentientium non sunt talia, quin his facile ex iis, quæ jam dicta sunt, occuri possit. Primum est, quod exhæredatio non rite facta pro præteritione habetur, *l.* 8. §. 2. *ff. de bon. poss. cont. tab.* Esto: sed falsum est quod assumunt, exhæredationem sine elogio factam rite factam non esse, petuntque hic sibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ, supponentes in exhæredatione omisso elogio facta leges & ritum exhæredationis observata non esse: quod est πρῶτον ψεῦδος. Nam, ut supra demonstravimus, in tota illa *Nov.* 115. *cap.* 3. & 4. nihil cavetur de alia solemnitate aut de alio ritu in exhæredatione observando, quam qui prioribus legibus præscriptus fuit, nempe ut pure, ut nominatim, ut à tota hæreditate & ab omnibus gradibus liberi exhæredentur, *l.* 3. §. 1. *& seqq. l. cum quidam* 19. *ff. de lib. & posthum. l. sed sub* 18. *ff. de bon. poss. cont. tab.* §. *sed hæc* 5. *Inst. de exhær. lib.* sed tantum proclivior via sternitur ad querelam inofficiosi testamenti, ubi exhæredatio rite quidem facta est, sed injuriam habere videtur: Non obstat, quod Justinianus expresse jubet causam ingratitudinis testamento inseri; nam idem, si inserta non sit, non vult testamentum ipso jure nullum esse, sed vult illud rescindi, & quidem non in totum, sed pro parte dumtaxat quoad institutionem scilicet hæredis; cætera autem capitula salva manere. Itaque frustra hic objicitur vulgatum illud: Quod contra legem fit id ipso jure nullum est, *l.* 5. *C. de legib.* Nam illa regula non procedit, quando lex id quod fieri vetat, valere aliquo modo & subsistere patitur suppeditato remedio, quo quod factum est, rescindatur, aut vis ejus infringatur, quod hic fecit Justinianus: de quo nos fusius *lib.* 1. *qu.* 1. Non majoris ponderis est & hoc argumentum, quod tamen Bachovio palmarium videtur, nempe legitimam liberis & parentibus relinquendam esse titulo institutionis. Ex eo enim minime sequitur, si non sit relicta tali titulo, testamentum ipso jure nullum esse. Sed hæc collectio bona est; ut testamentum maneat ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ, & ab omni oppugnatione totum sit, voluit Justinianus bonos liberos & parentes honorari titulo hæredis, ergo si tali titulo honorati non sunt, testamentum non manet firmum, sed oppugnari & expugnari potest. At, inquiunt, exhæredati sine elogio non possunt causa cadere: frustra autem datur actio, in qua non potest actor succumbere. Mira ratio. Ergo frustra est, quod actio de inofficioso datur posthumis exhæredatis, §. 2. *Inst. de inoff. test.* item liberis omnibus exhæredatis non addito in genere, quod ingrati fuerint; quia non possunt non evincere, *l. omnimodo* 30. *C. eod. tit.* Considerare debuerant non frustra esse, quod leges testamentum subsistere volunt, ut saltem iis casibus, quos modo memoravi, incidentibus, voluntas defuncti conservetur & exitum habeat.

CAPUT XXI.

An jus accrescendi in hæreditatibus cum aliquo effectu à testatore prohiberi queat?

QUando unus tantum hæres scriptus est, licet ex certa parte hæreditatis, puta quadrante, triente, &c. is perinde ac si ex to-

toto asse institutus esset, omnium bonorum hæreditatem consequitur, §. *hæreditas* 5. *Inst. de hæred. instit.* Hoc autem magis est ex subtilitate juris propter regulam, quia nemini partim testato, partim intestato decedere permittitur, *d.* §. *hæreditas*, quam ex voluntate defuncti, quæ ejusmodi interpretationem vix admittit, ubi unus tantum ex parte aliqua hæres scriptus est. Quod si, verbi causa, tres, singuli ex uncia scripti sint, aut duo ex duabus partibus, tertius ex parte tertia, commodissime dicitur arbitraria distributione testatorem usum, atque in tres partes æquales universam hæreditatem divisisse. Quod secus est, si unus tantum institutus proponatur in quadrante, sive quarta hæreditatis parte. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi, & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamento paganorum, *l.* 3. *C. de testam. mil.* hoc tamen casu diversum jus est; propter d. regulam, quæ non militum, sed paganorum potestatem coërcet; atque uno tantum hærede in certa assis parte a pagano instituto pars hæc reliquas ad se trahit; à milite si idem factum sit, residuum hæredes ab intestato ferunt, *l. quærebatur* 19. *ff. de testam. mil.* quod & in Græcis Institutionibus diserte expressit Theophilus. Sed & si quis institutus fuerit, non ex parte hæreditatis, sed ex re certa, puta ex fundo Tusculano, valet institutio detracta rei mentione, *l.* 1. §. *si ex.* 4. *l. quoties* 9. §. *si duo* 13. *ff. de hæred. inst.* nisi ei cohæres indefinite aut ex parte assis datus sit: tunc enim legatarii loco habetur, *l. cohæredi* 41. §. *ult. de vulg. & pup. l. pen. C. de hæred. inst.*

Verum & hoc ipsum ex subtilitate juris est, atque ex vi superioris regulæ, ac proinde ad militaria testamenta non pertinet: nam si miles unum ex fundo hæredem scripserit, creditur, quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse, *l.* 6. *ff. de testam. mil.* Igitur jus nostrum, ut inquit Pomponius *l.* 7. *ff. de reg. jur.* non patitur eum in paganis testato & intestato decedere: quasi hæc duo, testatus & intestatus, inter se naturaliter pugnent, tanquam agentia & negantia, & ideo idem subjecto inesse, aut de eodem subjecto pronuntiari non possint, ex regula logicorum de oppositione. Et quidem sine manifesta & naturali rerum pugna dici non potest unum atque eundem in totum aut secundum eandem partem & testatum & intestatum decessisse: at non prohibet lex oppositionis, quominus dicamus eundem testatum & intestatum decessisse, non secundum idem, sed secundum partes diversas. Cæterum ut hic quoque pugna sit, efficit subtilitas juris civilis, qua fingitur hæres repræsentare & sustinere personam defuncti: quæ repræsentatio ut est totius personæ, ita & totalis, atque ut est unius, ita & uniformis esse debet: hoc est, ut defunctus pro parte repræsentari non debet, ita nec debet per hæredes diversi generis partim ex testamento, partim ab intestato: sed quisquis hæres est, debet in totum subire locum & vicem demortui, eumque repræsentare uno ac simplici repræsentationis genere, & vel in totum ex testamento, vel in totum ab intestato. Eoque pertinet, quod scribit M. Tullius *lib.* 2. *de invent.* unius pecuniæ dissimilibus de causis hæredes esse non posse; nec unquam factum esse, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege hæres esset. Rationem hujus rei hanc affert Gomez *lib.* 2. *var. resol. cap.* 3. quod absurdum sit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura esse non possunt: unum & eundem per fictionem, quæ naturam imitatur, repræsentari. Putarem ego *naturaliter* in *d. l.* 7. *ff. de reg. jur.* positum esse pro eo, quod recepti passim moris erat; ut & alibi interdum, *l. in causa* 16. §. *idem Pomponius* 4. *ff. de minor. l. item. si* 22. §. 1. *ff. locat.* Nam regula ista è solis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud Romanos quidem in testamento militis, unde satis liquet eam non niti aliqua naturali ratione.

Ex hac porro regula descendit jus accrescendi inter plures hæredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accrescat cæteris, qui hæredes extiterunt, *l. liber homo*, §. 3. *l. si ita quis* 66. *ff. de hæred. instit. l. un.* §. *his ita* 10. *C. de caduc. toll.* quanquam non ex causa proxima aut adæquata. Valet enim hoc jus etiam in hæreditatibus legitimis, *l. si ex pluribus* 9. *ff. de suis & legit. hæred.* & valet utrobique ex necessitate. Necessitas nascitur ex duobus principiis juris: quorum primum est: Neminem hæreditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse, *l.* 4. *C. de repud. hær.* alterum: Neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habet, partem habere posse, partem repudiare, *l.* 1. *l.* 2. *ff. de acq. hær. d. l. un.* §. *his ita* 14. *C. de cad. toll.* Et igitur, qui ex aliqua parte hæres extitit, sive ex testamento sive ab intestato, ei etiam invito & ignoranti deficientium portiones accrescunt, *l. hæredi* 31. *l. si duo* 38. *l. qui ex duobus* 53. §. 11. *ff. de acq. hæred. l.* 9. *ff. de suis & leg. hær.* & accrescunt semper cum onere, æris videlicet alieni & legatorum, *d. l. un.* §. *his ita*, *C. de cad. toll.* Si plures sint qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus qui ag-

agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint: sin promiscue conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit vero singulis non ex æquo, sed pro portionibus hæreditariis: & in distributione si permistim instituti sint disjuncti & conjuncti placet conjunctos unius personæ potestate fugi, ut non plus universi consequantur, quam disjunctorum singuli, *d. l. un. §. his ita* 10. *C. de cad. toll. l. hæredes* 63. *ff. de hær. instit.* eademque ratio est & hæredum legitimorum, cum alii cunjunctim seu nomine collectivo, alii separatim vocantur; quod fit, cum quidam in stirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, fratres & fratrum filii. Valet id jus & in legatis inter collegatarios ejusdem rei: verum ratione & effectu nonnihil dissimili. Etenim in legatis locum non habet ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur & legatum scindi; si concurrant, si vero non concurrant, solidum postposito hærede, *§. si eadem* 8. *inst. de legat. l. un. §. ubi autem* 11. *C. de caduc. toll.* ac proinde & prohiberi inter legatarios ejusdem rei accretio potest, & si singulis singulæ res legatæ, uno deficiente portio ejus in hæreditate manet, *l. hujusmodi* 84. *§. pen. ff. de legat.* 1. & cum deficientis cohæredis portionem cohæres invitus & cum onere semper accipiat, collegatarius portionem collegatarii nec invitus plerumque accipit, & interdum sine onere, *d. l. un. §. his ita* 10. *& seq. C. de caduc. toll.*

Igitur, ut diximus, si quis solus ex certa parte hæreditatis aut certa re institutus sit, is nihilominus in integrum assem potestate juris vocatur. Sed quid si testator adscripserit, nolle se ut hæres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expresse prohibuerit? Et quidem, quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum concedere potest, ita nemo quoque in suo testamento potest cavere, ne leges in eo locum habeant, *l. nemo potest* 55. *ff. de legat.* 1. ut illud omnino manifectum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulas juris civilis dispariliter ei succedatur, & ex testamento & ab intestato. Alterutrum ergo dicamus necesse est, vel cum Bartolo totum testamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen heredes ab intestato teneri quasi ex fideicommisso partem testamento expressam restituere hæredi scripto: div. Gomez 1. *resol.* 10. *n.* 10. *& seq.* vel raro manente testameto prohibitionem insuper habendam, residuasque partes, quantumvis vetante testatore, accrescere hæredi instituto: quæ sententia, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, patet, juri magis est consentanea; & numero etiam suffragiorum vincit, testib. Vig. *ad d. §.* 5. Clar. *§. testamentum, q.* 74. Christin. *vol.* 4. *decis.* 11. Levia autem valde sunt, quæ huic sententiæ objiciuntur, & præsertim à D. Bronchorst *lib.* 2. *misc. contr. assert.* 14. quale primum illud est quod Ulpianus in *l. quoties* 9. *§. si duo* 13. *ff. de hæred. instit.* scribit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hæreditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissime refragetur: unde sic ex contrario recte colligi putat, si paterfam. expresse voluit eos contentos esse iis rebus aut partibus, ex quibus instituti sunt, atque nominatim prohibuerit, ne reliqua bona iis accrescant, eo casu pro parte testatum decedere, neque ad hunc casum superiorem regulam pertinere. Vitiosa enim hæc collectio & prava hujus loci interpretatio est: quippe Jurisconsultus his verbis, *si modo voluntas patrisfam. manifestissime non refragatur*, non hoc significat si testator prohibuerit reliquam portionem accrescere institutis, eam relinquendam esse hæredibus legitimis; atque ita contra quam juris ratio patitur, eundem & testato & intestato posse decedere: sed longe alia istius clausulæ sententia est, nempe quod scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus hæredes forent, perinde ac si nec partes essent nominatæ, in manifesta testatoris voluntate hæredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit, veluti in specie ab Ulpiano proposita unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo. Atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipso jure, quam officio arbitri familiæ erciscundæ, *l. ex facto* 35. *ff. de hæred. instit.* Putat præterea D. Bronchorstius satis probari posse testatorem, cum hoc aperte voluit, pro parte testato decedere, & sic cavere, ne residuum hæredi instituto accrescat, per *l. peto* 69. *pr. vers. idem dicemus, ff. de leg.* 2. Proponitur ibi hæres ex asse scriptus his verbis à testatore rogatus: *Peto pro hæreditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis centum aureis.* & ait Papinianus tale fideicommissum valere. Ergo, inquit Bronchorstius, legitimi hæredes hic in residuo ab intestato succedunt. Hoc, inquam ego, levius primo est, & aperte falsum. Nam cum hæres institutus retenta vel deducta certa re aut summa rogatus est hæreditatem restituere, aut quod vi ipsa idem est, certa

ta summa contentus esse ejus, qui testamento non facto legitimus hæres futurus esset, gratia, ut in specie proposita, non duo diversi generis hæredes hic defuncto succedunt, unus ex testamento, alter ab intestato, sed uterque ex testamento, alter directo, alter oblique seu ex fideicommisso. Atque hoc casu hæres fiduciarius restituta hæreditate instar legatarii est, & vi ipsa legatarius: fideicommissarius solus hæredis locum obtinet, actionesque hæreditarias solus & exercet, & excipit, §. *si quis una 9. Inst. de fideic. hæred. l. si legatus 30. §. 3. ff. ad senat. Trebell. l. pen. C. de hær. instit.* Adhæc, ut probet testatorem posse pro parte tantum bonorum testatum decedere, & consequenter prohibere, ne reliquum hæredi testamentario accrescat, adducit D. Bronchorstius responsum Scævolæ in *l. si quis ita 85. ff. de hæred. instit.* Si quis, inquit ibi Scævola, ita hæres instituatur, *si legitimus hæres vindicare nolit hæreditatem meam*, puto deficere conditionem testamenti illo vindicante. An igitur deficiente testamenti conditione, & hærede legitimo hæreditatem vindicante, nihilominus institutus pro parte ex testamento hæres erit? Quis unquam talia audivit? Somnum obrepsisse clarissimo viro, cum hæc scriberet, diceres, adeo plena est tota illa assertio παχρεμμωῶν. Postremo & in eo insignis error est, quod sententiam suam existimat stabiliri per *l. dominus 57. §. 1. ff. de usufr.* ubi talis species à Papiniano proponitur: Testator libertis suis fructum prædiorum ob alimenta per fideicommissum reliquit: deinde hæres scriptus distributione pro rata facta ex fructibus prædiorum libertis alimenta aliquamdiu præstitit: mox unus ex libertis alimentariis seu fructuariis ob alimenta vita decessit: quæritur utrum partis ejus emolumentum accrescat cæteris collegatariis sive confideicommissariis, an vero ad hæredem revertatur? Et ait Papinianus, partium emolumentum ex persona vita decedentium ad hæredem proprietatis dominum reccurrere. Cujus responsi ratio non est obscura. Nam cum fructum singulis ad alimenta dumtaxat præstari testator voluerit inde apparet, non plus quemquam eorum habere voluisse, quam quo vitam suam toleret: camque ob causam portio unius deficiens cæteris non debet accrescere, quibus affatim suppetit, quo se exhibeant. Ubi autem hic duo hæredes diverso jure succedentes alter est ex testamento, alter ab intestato? Nec vero hic disputamus de legatariis aut fideicommissariis ejusdem rei, inter quos ut accrescendi jus non nisi ex voluntate defuncti locum habet, ita & prohiberi à testatore potest sine offensa superioris regulæ, cum pars deficientis apud hæredem maneat. Atque hæc etiam ratio est, cur idem illud jus cesset in legatis alimentorum; nempe quia testator intelligitur noluisse hic quicquam accrescere. Sicut enim in agris limitatis locus non est juri alluvionis, propterea quod in his certis limitibus & finibus jus possessoris circumscriptum est, *l. in agris 16. ff. de acq. rer. dom.* ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum cessat jus accrescendi, quod cum alluvione comparatur, *l. si Titio 33. in fin. ff. de usufr. d. l. dominus 57. §. 1. ff. eod. l. alimenta 16. §. 2. ff. de alim. legat.*

Etsi autem communis hæc sententia rationi juris magis convenit, quam prior illa Bartoli aut Bronchorstii, est tamen & media quædam quam proponit & tuetur Salicetus in *l. pen. C. de hæred. instit.* & à qua non abhorret doctissimus Bachovius: nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem, quominus hæres scriptus vi & potestate juris ex asse hæres fiat: cæterum hanc ejus vim esse, ut hæres ille ex certa parte aut re scriptus residuum vel partes reliquas, quas accrescere testator noluit, tanquam ex fideicommisso teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hæreditatem ejus venturi fuissent, ducto argumento à simili, quale proponitur in *l. si quis 29. ff. ad senat. Trebell.* & *§. 3. Inst. quib. mod. test. infirm.* item in *l. ex facto 17. pr. ff. ad senat. Trebell.* & fac. *l. peto 69. in fin. pr. ff. de leg. 2.* Atque hæc sententia mihi quoque non displicet: imo magis placet, quam superior illa communis, quoniam favet voluntati morientium salva ratione juris. Et huc accommodari potest clausula in *d. l. quotiens 9. §. si duo. 12. ff. de hæred. instit.* de qua supra. Excogitavit & Viglius noster mediam sententiam: sed ille dum servare cupit voluntatem defuncti, manifeste facit adversus rationem juris, comminiscendo tacitam legitimorum hæredum in partibus, quas testator scriptum hæredem habere noluit, institutionem: qualis institutio jure nostro incognita est. Quod cum nec ipse Viglius dissimulet, persuasum habeo, eum quoque omnino & sine cunctatione in Saliceti opinionem transiturum fuisse, si quis modo eam proposuisset. In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique liceat partim testato, partim intestato decedere contra dispositionem juris Romani, Grot. 2. *introduct. c.* 18. Gudelin. 2. *de jur. noviss. c.* 5. Christin. *vol.* 1. *dec.* 51. & *dec.* 312. & *vol.* 4. *decis.* 10. An autem per hoc quoque censeri debeat in totum abolitum esse jus accrescendi, hic non disputo. Vid. Christin. *d. decis.* 58. Gudelin. *d. cap.* 5. Grœnevv. *de le-*

legib. abrog. ad §. *hareditas* 5. *Inst. de hared Instit.*

CAPUT XXII.

Quando conditio substitutionis vulgaris filio suo hæredi à patre factæ extitisse intelligatur ut substituto fiat locus? & an jus suitatis per hujusmodi substitutionem tollatur?

CONditio hæc vulgaris substitutionis: *Si hæres non erit*, qui casus primus dicitur, pro diversa qualitate hæredum & personæ instituti diversimode accipitur. In extraneo hærede qui sui juris sit, hoc significat, si neque sibi hæreditatem acquisierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejusdem qualitatis hærede qui alieno juri subjectus est eodem sermone hoc significatur, si neque ipse hæres erit, neque hæreditatem ei, cujus in potestate est, acquisierit, *l. si paterfam.* 40. *ff. de hæred. instit.* In quo hærede eadem formula citra controversiam hoc significat, si hæres esse non poterit, quod fit si ante patrem testatorem vita decedat; tunc enim nisi liberos reliquerit, qui quasi agnoscendo testamentum rumpant semper locus est substituto. Cæterum putamus eadem formula & hoc significari, si se paterna hæreditate abstineat, si cum effectu ex testamento hæres non exiterit, eo quod bonis paternis se immiscere noluit. Nam etsi suus hæres ipso jure hæres existat, citra ullum vel suum vel alterius factum, sine aditione, sine cretione, sine gestione pro hærede, §. 3. *Inst. de hæred. quæ ab intest. defer. l. in suis* 14. *ff. de suis & leg. hær.* & ideo non esse sine hærede dicatur, qui suum hæredem, licet se abstinentem habet, *l. cum quasi* 30. §. *sed & si* 10. *ff. de fideic. libert.* quæ res etiam sua habet effecta circa confirmationem tabularum pupillarium, libertatum dationes, &c. *l.* 12. *ff. de vulg. & pup. subst. l. filius* 41. *& l. seq. l. ult. de acq. hæred. l. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poss.* Tamen cum de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi hæres non erit*, ex mente & voluntate substituenti, quam jus civile hic sequitur atque approbat, non ἀνάφανσις seu nuda ista existentia ut malè Theophilus existimavit; sed immistio filii cum aditione hæredis extranei comparanda est, & substitutum filius excludet, non cum nudo nomine tenus, sed reipsa & cum effectu hæres factus est. Sic Jurisconsulti in *l. non solum* 67. *de rit. nupt. l. si post.* 78. *ff. de legat.* 1. aperte negat filium, qui abstinuit, patri hæredem extitisse: nec prætor hunc hæredis loco habet, *l. si filius* 12. *ff. de interrog. in jur.* Et alioqui si nullo modo efficere filius possit, ut non sit hæres, frustra ei substitutus daretur in eum casum, quo hæres non erit, quo proculdubio continetur etiam casus, quo non vult hæres esse. Enimvero si filius patri superstes decesserit non declarata voluntate super immixtione aut abstentione, hic excludetur substitutus propter transmissionem hæreditatis ipso jure quæsitæ nec derelictæ, aut repudiatæ, *l. Lucius* 45. *ff. de vulg. & pupill. l.* 3. *C. de jur. delib. junct. l. un.* §. 5. & §. *cum autem* 13. 6. *de caduc. tollend.* Porro ex his apparet verum non esse quod plerique tradiderunt, quos sequitur Fachin. 4. *controv.* 71. filium, qui vulgarem substitutum à patre accepit, desinere esse suum hæredem. Illud quidem recte dicitur & omnino dicendum videtur, suum hæredem, qui in casum vulgarem substitutum accepit ex necessario hærede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis quo scilicet patri permissum, necessitatem istam, ut in suum solius favorem introductam remittere & quam etiam tacite remisisse intelligatur dato filio vulgari substituto, ut quod alias filius non habuisset, nisi jure prætorio, abstinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum à patre, ac proinde ex jure civili, per *l. verba* 22. *ff. de cond. Instit. l.* 4. *pr. l. jam dubitari* 86. *ff. de hæred. instit.* Sed nullo modo admitti potest, quod Doctores vulgo contendunt per substitutionem vulgarem in totum tolli jus suitatis. Licet enim suitati cohæreat & in persona sui hæredis annexa sit necessitas, est tamen diversa qualitas à suitate, atque hac salva, aut tantum vulnerata illi tolli potest, quod omnino considerandum est. In servis est necessitas, suitas non est. Ex eo quod quis suus est, ipso jure hæres fit bonaque paterna propter continuationem dominii penes eum remanent: ex quod necessarius, ea retinere cogitur, & creditoribus paternis, velit nolit respondere, *l. necessariis* 57. *ff. de acq. hæred.* quanquam etiam hic suum confert suitas. In suitate magis jus & commodum liberorum, in necessitate solius patris vertitur, cui ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere, atque ex necessario hærede facere voluntarium, *l.* 12. *ff. de cond. inst.* Neque unquam pater dicitur suum sibi hæredem facere, sed bene necessarium: & cum impuberi filio fratrem necessarium hæredem facit, suum tamen hæredem non facit: ut recte Goveanus in *l.* 2. §. *sed si quis* 5. *num.* 35. contra Bartolum. Nihil autem plane pro communi sententia facit, *l. si filius* 16. *ff. de lib. & posthum.* Neque enim in casu illic proposito substitutio vulgaris facta filio efficit, ut filius suus hæres esse desinat, ut male colligat Bartolus; sed

sed hoc, ut filius interim decedens præterito posthumo non possit videri hæres fuisse ab intestato, quoniam substitutus testamentum substinet, nec ex eo filius hæres existere potuit, quia jus ejus adhuc pendebat propter incertum eventum posthumi nasciturí, de quo fusè, Anton. Fab. *dec.* 32. *err.* 8. Similiter cum prætor liberis necessariis hæredibus potestatem facit abstinendi hæreditare, eosque liberat ab omnibus hæreditariis si velint hæreditatem delinquere, §. 2. *Inst. de hær. qual. & diff. d. l.* 57. *ff. de acq. hæred.* necessitatem tantum tollit, non suitatem; ex necessariis hæredibus facit voluntarios; non ex suis extraneos: quippe cui propositum non nocere liberis, sed prodesse, *l.* 12. *ff. de vulg. & pup. subst.* Itaque quemadmodum post datam à prætore suis & necessariis hæredibus abstinendi potestatem, nihilominus sui hæredes manent, ipsoque jure & ignorantes hæredes fiunt, à creditoribus paternis obligantur, §. 2. *Instit. de hær. qual.* §. 2. *Inst. de hær. quæ ab int. d. l.* 57. *de acq. hær.* quamvis respectu beneficii prætorii, quo fit ut in eos actio non detur, *l.* 2. *ff. de cond. furt.* idem jus habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent, *l. nam nec.* 89. *ff. de leg.* 1. & consequenter quemadmodum hic manet idem suitatis effectus, videlicet ut si filius decesserit, cum vel ignoraret patrem mortuum esse, vel sciret quidem, sed nondum declarata voluntate de retinenda aut derelinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, ut pote ipso jure sibi jam quæsitam ad hæredes quoslibet transmittat, *l.* 3. *C. de jur. delib. l.* 7. §. 1. *ff. de acq. hæred. l.* 19. §. 2. *ff. de castr. pec. l.* 8. *C. de suis & leg. lib.* ita quoque dicendum est, filium, cui in eum casum, quo hæres non erit, substitutus à patre datus est, licet necessarius hæres esse desinit, idque ex ratione ipsius juris civilis, non tamen desinere suum hæredem esse, eumque ante immixtionem aut abstentionem decedentem hæreditatem ad quosvis hæredes transmittere excluso substituto. Quod si per substitutionem vulgarem tolleretur jus suitatis, nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari expressa pupillaris, contra quam utimur, *l.* 4. *ff. de vulg. & pup. subst.* denique & transmissio, quæ solius suitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita: quæ omnia falsa sunt, priora duo manifeste, tertium *arg. l. un.* §. *cum autem* 13. *C. de cad. toll.* ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, cum desunt personæ, quæ hæreditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosii, quæ unica est sub *tit. C. de his qui aut. ap. tab. hær. transm.* Nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui hæredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti Justinianus illic extendit ad personas lege Theodosii comprehensas. Insignis itaque error est Joan. Deckeri qui *lib.* 1. *diss.* 14. *n.* 43. ut communem opinionem tueatur, nimirum per substitutionem vulgarem jus suitatis omnimodo tolli, asserit ideo per vulgarem substitutionem suo hæredi factam tolli jus transmissionis, quod ex jure suitatis est: quia suus hæres institutus non aliter ex testamento hæres fit, quam si se immisceat. Notissimi enim juris est, suos hæredes tam ex testamento, quam ab intestato statim & ipso jure hæredes existere, §. 2. *Inst. de hæred. qual. l.* 1. §. 6. *ff. si quis omiss. cap. test.* & clausis adhuc tabulis, *l.* 3. *C. de jur. delib.* Concludendum igitur substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum & speciem impotentiæ, sed in casum noluntatis, ut loquuntur, & abstinentiæ dumtaxat, utique si filius patri supervixerit: nam si is vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictis, qui succedendo rum pant, dubium non est, quin substitutioni locus sit, Zas. *tr. de substit. c.* 1. *in quart. effect.* Gomez. 1. *resol. cap.* 3. *n.* 15. 16. & 24. Christin. *vol.* 4. *dec.* 16. *num.* 4. D. Joan. à Sande *lib.* 4. *decis.* Cur. Fris. *tit.* 3. *defin.* 1. ubi plures allegat: & optime Bachov. *ad* Treult. *vol.* 2. *Disp.* 11. *thes.* 7. Illud quoque mihi persuadeo, ut hoc obiter addam, abstinente filio suo hærede: quo casu substitutum admitti supra diximus, substitutum hæredem fieri jure civili, hoc est, directo ex substitutione venire, & hæreditatem adire posse ex vi formulæ, *Si filius mihi hæres non erit, Sempronius hæres esto*: quamvis Ant. Faber *decad.* 32. *err.* 7. contendat non ipso jure substitutum hoc casu hæredem fieri, sed à prætore tantum ad bona admitti. Etenim suus hæredes se abstinens, tantum secundum quædam hæres adhuc manet, secundum alia sauciatur & enervatur suitas, ut in proposito: ubi & leges ipsæ se quodammodo accomodant voluntati patris. Nec dubito, quin filio abstinente, veri hæredes sint, qui ab intestato veniunt. Sed hoc ἐν παρόδῳ.

CAPUT XXIII.

An quemadmodum, quod explorati juris est, sub expressa substitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris, ita ex converso sub expressa pupillari etiam contineatur vulgaris?

OLim qui sibi & liberis suis impuberibus in utrumque casum prospectum vellent, ex con-

consilio prudentum, ut credibile est, disjunctiva hac & gamella substitutionis formula, quam Modestinus in *l.* 1. §. 1. *ff. de vulg. & pup. subst.* duplicem appellat, usi fuerunt. *Si filius mihi hæres non erit, sive erit, & intra pubertatem decesserit*, &c. propterea quod vel ex plurium sententia, substitutio vim suam non exerebat ultra casum expressum, vel quod ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Imp. Marci & Veri constitutione introductum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligeretur; sive filius hæres non extiterit, sive extiterit & impubes decesserit, *l.* 4. *pr. ff. de vulg. & substit.* Quod jus & ad compendiosam duorum impuberum substitutionem hoc communi verbo, *eosque invicem substituo*, factam, tractum est, *d. l.* 4. §. 1. Et quidem extra controversiam positum est, vulgaris substitutionis casu expresso contineri etiam, casum pupillaris, veluti si pater impuberi filio hæredi instituto ita substituat, *Si filius hæres non erit, Titius hæres esto*: hic enim, ut inter omnes convenit, etiam in alterum hunc casum, *Si filius hæris erit, & impuber decesserit*, Titius substitutus intelligitur; nisi voluntas testatoris aperte refragetur, *d. l.* 4. *in fin. ff. & l.* 4. *C. eod.* Quod autem pupillaris quoque substitutio hic admittitur: id fit ex sola conjectura voluntatis paternæ, quæ hinc ducitur, quod credibile sit patrem, qui aliquem sibi hæredem esse voluit, si filius hæres non esset, voluisse quoque eundem esse hæredem filio, si filius hæres esset, & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse, quam impuberi filio, cui etiam utile esse creditur hæredem à patre accipere, *l. Julianus* 42. *ff. de acq. hæred.* In voluntate autem testatoris manifesta hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat, hic qui in primum casum substitutus est, minime intelligi debet & in casum secundum esse substitutus contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expresim in casum secundum substitutum dedit, §. 3. *Instit. de pupill. substit.* aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum casum substitui non potest: quod cum fit, palam est testatorem in eum dumtaxat casum substitutionem fecisse, quo utrique hæredem substitui poterat, *l.* 4. §. 2. *l. Lucius* 45. *ff. de vulg. & pup. subst. l.* 2. *& l.* 4. *C. eod.* Excipiendus etiam casus singularis in *l. ult. C. de inst. & subst.* ubi Justinianus non vult substitutionem vulgarem vim habere tacitæ pupillaris adversus matrem cohæredem posthumo datam, si viva ea posthumus natus impubes decesserit. Jus singulare ostendunt verba illa, *in hac specie in hujusmodi casu.* Non obstat *l.* 8. *C. de impub. & al. substit.* quia loquitur de substitutione militis, quæ facta in unum casum non extenditur ad alium. Quippe militum testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus, sed ex nuda, simplici, ac prout verbis expressa est, voluntate æstimantur, *l. in testamento* 6. *C. de test. mil.* Don. *in d. l.* 8. *n.* 5. *&* 6. Vigl. *ad pr. Inst. de pup. substit.* Bronchorst. 3. *assert.* 34.

Cæterum, an ex contrario expresso casu substitutionis pupillaris secundo dicendum sit contineri etiam casum vulgaris seu primum non est æque expeditum. Et communis quidem sententia est expresso secundo primum quoque casum comprehensum intelligi. *Gloss. & DD. in d. l.* 4. *ff. de vul. & pup.* Mantic. *lib.* 5. *de conject. ult. vol. tit.* 3. *n.* 5. quam sententiam & nos probamus. Sed hic lis nobis movetur à magnis viris Lancell. Polit. *de substit. pup. quæst.* 8. *n.* 39. Vigl. *ad pr. Inst. de pup. substit.* Anton Fab. *de*-*cis.* 32. *err.* 9. *&* 10. qui in contrarium eunt, ac serio contendunt, nunquam in substitutione pupillari vulgarem tacite contineri. Nos etsi numero interpretum nobiscum sentientium superiores sumus, tamen in communes opiniones non juravimus, & parum hoc esse existimamus, nisi & legum auctoritate vincimus ac ratione. Auctoritate defendimur duplici; primum verbis ipsis constitutionis Impp. Marci & Veri relatis apud Modestinum in *d. l.* 4. *pr. de vulg. & pup. substit.* quæ hæc sunt: *ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur.* Ecce non ajunt Impp. *cum pater in primum casum*, quomodo loqui debuerant, si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent, sed *cum in alterum casum*, hoc est, unum è duobus sine ulla distinctione, primus, aut secundus tantum expressus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis hanc quæstionem proponentis & decidentis in *d. l.* 4. §. 2. *verf. hæc itaque.* Qui duo habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque hærede instituto puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes hæres existere, & intra pubertatem moreretur: ait Jurisconsultus hoc casu fratrem impuberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi Jurisconsultus monet, ad evitandam omnem quæstio-

stionem cautius facturum patrem, si in utrumque casum expresse impuberi substituat, hoc apparet eum facere, propterea quod in specie mutuæ substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri separatim substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum dumtaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantum, nempe in pupillarem, videri debeat impuberi substituisse? At hujusmodi quæstioni post Divorum Marci & Veri constitutionem locus non est, cum non uterque alteri in casus diversos, sed uni dumtaxat, cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter, sive solum in primum sive solum in casum secundum. Diserte autem dixi, cum uterque alteri separatim substituitur, pubes scilicet & impubes: quia si verborum compendio mutuo substituti sint hoc modo, *eosque invicem substituo*, in vulgarem tantum modo casum reciproca substitutio facta intelligitur. Quippe in tali specie congruens visum est, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris, *d. l.* 4. §. 2. *ff. l.* 2. *C. eodem*. Mantic. *d. tit.* 3. *n.* 6. Govean. *ad d l.* 4. *n.* 13. *in fin.* Duar. *ad tit. de vulg. & pup. substit. cap.* 15. A ratione quoque non magis alienum est hanc inducere voluntatis conjecturam, quam quod in primum casum substitutus intelligatur quoque substitutus in secundum. Imo fortior est voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc: quod etiam Christin. *vol.* 4. *decis.* 11. *n.* 4. notavit. Nam cum pater filium hæredem instituit, quem etiam sperat sibi hæredem fore, & bona, quæ relicturus est consecuturum, eum, quem filio hæredi facto substituit, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quæsitis sua quoque pertinere voluit, magna causa præsumptionis est patrem voluisse, etiam filio hærede non existente sibi hæredem esse in suis solius bonis: quæ præsumptio tanto major in hoc casu, quam in superiore, quanto magis apparet testatorem dilexisse eum, quem una cum suis bonis filii quoque bona, si quæ postea ei obvenerint, habere voluit, quam eum, quem expresse sibi tantum hæredem fecit.

Ex hoc autem vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum, qui contra sentiunt: nam auctoritate quidem illi nulla nituntur: nisi quod Ant. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poss.* quo tamen loco longe aliam quæstionem Jurisconsultus tractat, & nimirum hanc, an creditoribus paternis in substitutum impuberis, qui patris hæreditate abstinuit, actio detur, sive an substitutus æs alienum patris agnoscere, & creditoribus ejus respondere teneatur; an verò hæreditates, quas nuda existentia potestate juris civilis conjunxit, possit separare. Quod si inde colligat Faber substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinente, hæreditatem patris adire non posse vi aliqua tacitæ substitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris nec legitimos hæredes abstinente pupillo posse patris hæreditatem cernere, ut bene contra Fabrum disputat Bachovius ad Treutl. *vol.* 2. *disput.* 11. *thes.* 8. *lit. F.* Et quidni præsupponendum esse dici possit in quæstione à Javoleno proposita substitutum quoque repudiasse manifeste damnosam hæreditatem, utcunque virtute tacitæ substitutionis vulgaris sibi delatam? Ac mihi quidem, quod ad istam quæstionem attinet idem videtur sensisse Javolenus, quod successor ejus Julianus, cujus sententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur à Marcello & Ulpiano in *l. Julianus* 42. *pr. ff. de acq. hæred.* Levicula autem sunt, quæ de ordine sententia communi objiciuntur, quod nempe hic sit naturalis ordo, ut à casu primo transeatur ad secundum, non vice versa, *l.* 2. §. *prius autem* 4. *ff. de vulg. & pup. substit.* & quod absurdum sit in accessorio, quale est testamentum filii, contineri principale seu testamentum patris. Quando enim conjunctum eodem tempore iisdemque tabulis ac contextu pater sibi & filio testamentum facit, nihil refert, à suo, an à filii incipiat, *d. l.* 2. §. *sed & si* 6. atque ut Alfenus dicebat, in conjunctionibus nullus est ordo, *l.* 14. *ff. de pecul. leg.* ac proinde, etsi non ex certa aliqua ratione juris, tamen ex interpretatione constitutionis & voluntate Divorum Principum perinde in specie proposita haberi debet, ac si à casu primo initium substitutionis pater fecisset. Agitata fuit hæc quæstio jam olim in judicio centum virali inter hæredes legitimos Coponii cujusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilianus *lib.* 7. *Instit. orat. cap.* 7. meminerunt. Coponius posthumum hæredem instituerat, eique, si, antequam in tutelam suam veniret, decessisset, Curium hæredem substituerat. Cum posthumus natus non esset, exorta est de hæreditate controversia inter hæredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius contendebat legitimis hæredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat posthumo, si posthumus impubes moreretur: at posthumum ne natum quidem esse; ac proinde defecisse conditionem substitutionis. Mucio contra dixit L. Crassus, atque iisdem argumentis, qui-

bus

bus nos usi sumus, probavit centumviris M. Curium nihilominus ex substitutione hæredem esse oportere. Quod judicium ut communem sententiam vindicat ab illis, quas Viglius & Faber comminiscuntur, absurditatibus, ita ipsum, cum res adhuc dubia maneret propter auctoritatem, ut credibile est, Q. Mucii, constitutione Divorum fratrum confirmatum est.

Plane in substitutione facta pupillo exhæredato eadem interpretatio admitti non debet. Imo ne expresse quidem vulgaris substitutio eo casu fieri potest: quippe cum vulgariter ei dumtaxat substituere queam, quem ipse mihi hæredem facio. Quid si duobus diversis testamentis pater sibi & filio hæredem scripserit: sæpe enim pupillare testamentum diverso tempore fit, & novis solemnibus rursus adhibitis? Pone Patrem suo testamento perfecto, alio deinde dic aut hora filio testamentum fecisse, quod ei permissum est, *l. si quis* 16. §. 1. *ff. de vulg. & pupill.* aut sibi per scriptutam filio per nuncupationem, vel contra, *l. patris* 20. §. 1. *eod.* Atque in suo quidem testamento filium hæredem instituisse, sed iisdem tabulis nullum ei dedisse substitutum. Postea & alio demum tempore filio impuberi fecisse testamentum, quo ei pupillariter substituit. Hic ego dicerem cum Bachovio sub pupillari expressa non intelligi comprehensam vulgarem, propterea quod tunc filio tantum, non etiam sibi hæredem quæsivisse pater videtur. Apud nos & in plerisque aliis Belgii Provinciis, quia pupillari substitutione non utimur, disputatio hæc supervacua est, Gudel. *in lib. 1. de Jur. nov. cap.* 13. Grot. *lib.* 2. *introd. c.* 19. Groenevv. *de legib. abrog. tit. Inst. de pup. subst.*

CAPUT XXIV.

An legatum in alterius arbitrium recte conferatur.

QUando de legato in alterius arbitrium conferendo disputatur, tres diversi casus considerandi. Nam aut in arbitrium hæredis confertur, aut legatarii, aut tertii alicujus, sive extranei, atque hi tres casus diversum jus habent. Quod ad collationem in tertii arbitrium attinet, ut de eo primum dicam, potest legatum conferri in tertii alicujus arbitrium tanquam in conditionem, *l. 1. pr. ff. de legat.* ubi Ulpianus ait, *in arbitrium alterius conferri legatum*, veluti *conditio potest*, id est, quasi conditio. Malim tamen cum Cujacio *lib. 2. obs.* 2. legere, *veluti conditionem.* Sed quid hoc est, in alterius arbitrium veluti in conditionem? Respondeo, si testator sic dixerit, *Mævio fundum Tusculanum do, lego, si Titius voluerit.* Tale, inquam, legatum valet. Ratio est, quia voluntas facti est: & potest legatum in alterius factum, non ut in voluntatem simplicem, sed ut in conditionem faciendi conferri, puta, si forte accidit aliquando, ut id velit, ut conditio potius sit, quam merum legati dandi arbitrium, veluti *si Titius Capitolium ascenderit.* Utrumque exemplum habemus apud Ulpianum in *d. l. 1. pr. ff. de legat.* 1. ubi & nihil interesse scribit, hoc an illo modo legetur. Atque ex hoc eodem loco, quod idem Ulpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni posse, sic quoque accipiendum reor, ut in aliena voluntate quasi conditione poni possit, *l. Senatus* 43. §. 2. *ff. de legat.* Nam & alibi idem auctor libertatem ita relictam, *si Sejus voluerit, Stichum liberum esse volo*, deberi ait, quod scilicet conditio potius sit, quam legati dandi merum arbitrium, *l. fideicommissa* 46. §. 2. *ff. de fideicommiss. libert.* Atque huic conditioni eodem item loco parem facit illam, *si Sejus Capitolium ascenderit.* Estque hoc legatum vere conditionale, ac mortuo ante conditionem existentem, id est, antequam tertius ille voluerit, legatario extinguitur. Dissentit Hotomannus *lib. 1. amicap.* 5. Pomponium & Modestinum cum Ulpiano committens. Potest & legatum conferri & in extranei arbitrium non utique liberum, sed ut in arbitrium boni viri, & tunc legatum non est conditionale, *d. l.* 1. §. 1. Bonum autem virum cum dicimus, non Judicem intelligimus, etiamsi is vel maxime boni viri officio fungi debeat: sed qualemcunque virtute præditum, justum, fidum, innocentem, ut Cicero definit *lib. 3. de offic.* Est vero in testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l.* 12. *ff. de reg. jur.* hoc perpetuum, ut legatum in alterius arbitrium collatum in boni viri arbitrium collatum esse intelligatur, & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 3. 4. §. 1. *C. comm. de leg. & fideicommiss.* quanquam in contractibus arbitrii hujus adjecti vim conditionis habet, *l. si coita* 75. *ff. pro soc. l. ult. C. de cont. empt. l. si quis* 43. *ff. de verb. oblig.* At non potest legatum conferri in tertii liberum arbitrium simpliciter, dum totum legatum in meram v. c. Titii voluntatem confertur circa ullum respectum conditionis ut illa verba *si voluerit Titius*, idem significent, ac si diceretur pro libero Titii arbitrio, ut arbiter & quasi dator legati sit. Nam tunc vellet testator ex puro Titii arbitrio pendere legatum, sive is æquum sive iniquum arbitraretur: quod fieri non potest, *l. illa institu-*

titutio 32. *ff. de hæred. instit. l. nonnunquam*, §. 2. *ff. de cond. & demonstr.* Enim vero in consequentiam & indirecte ex tacito Titii arbitrio pendere vis legati potest, veluti si testator expressim adjecit conditionem *Mævio centum do lego, si Titius Capitolium ascenderit.* Etsi enim Titius Capitolium non ascendet nisi volet, tamen testator his non tam voluntatem Titii quam factum ascendendi & contingentiam facti spectavit. Poterit enim velle Titius, nec tamen ascendere, morte, morbo, vi impeditus. Poterit & ascendere nihil minus cogitans, quam ut conditioni pareat, forte ignorans, conditionem hanc legato adscriptam, aut omnino quid Mævio legatum esse. Quid si aperte testetur Titius nolle se, ut Mævius legatum capiat, & tamen ascendat? Nihilominus debebitur legatum, quod non deberetur, si testator simplicem Titii voluntatem spectavisset, *d. l. nonnunquam.*

Quod ad hæredis arbitrium attinet, tantum abest, ut legatum conferri possit in liberum hæredis arbitrium *si hæres meus voluerit*, ut ne possit quidem in ejus arbitrium conferri, tanquam in conditionem. Atque hoc est, quod dicitur in *l. Senatus* 43. §. 2. *ff. de legat.* 1. legatum in hæredis voluntate poni non posse: nempe non posse ne quidem tanquam in conditione. Ratio, ne fit in arbitrio ejus, quem testator obligare cogitat, an fit obligatus, *l. utrum* 7. §. 1. *ff. de reb. dub. fac. l. stipulatio* 17. *l.* 1. *Titio* 108. §. 1. *ff. de verb. obl. l.* 8. *ff. de oblig. & act.* Quamobrem crediderim, nec tale legatum valere, *si hæres Capitolium ascenderit, Titio centum dato*, quamvis Cujacius valere putat, *arg. l.* 3. *ff. de legat.* 2. sed ille textus loquitur de conditione negative concepta, cujus alia ratio est. Nam & si dixerit testator *nisi hæres meus noluerit*, quasi conditionale legatum est, & primam dumtaxat voluntatem exigit, *l. fideicommissa* 11. §. *sic fideicommissum* 5. *ff. eod.* 3. Utique in hærede hæc verba, *si voluerit*, pro conditione neutiquam accipiuntur, nisi favore libertatis, *l. si fideicommissa* 46. *pr. ff. de fideicommiss. libert.* Dicerem tamen potius in specie illic posita id admitti, propter verba *fidei tuæ committo*, *arg. d. l.* 46. §. 3. Plane in arbitrium hæredis, quasi boni viri recte confertur legatum, veluti si ita adscriptum fuerit, *l. æstimaveris hæres, si comprobaveris, si justum putaveris, si utile tibi visum fuerit, &c. l. si legatum* 75. *pr. ff. de legat.* 1. *d. l.* 11. §. *quanquam* 7. *ff. eod.* 3. *d. l.* 46. §. 3. *de fideicommiss. liber.* neque hoc casu legatum est conditionale, per *l.* 1. §. 1. *de legat.* 2. Utiliter quoque sic relinquitur, *cum hæres voluerit*, quia tale legatum omnino testator præstari vult. Sed tractum temporis habet, quamdiu vivat is, à quo relictum est. Eo autem mortuo, si ipse non præstitit, ab hærede ejus præstandum est: nam post mortem utique datum creditur. Præmoriens autem legatarius nihil transmittit, quia conditionale est *d. l.* 11. §. *hoc autem* 6. *l. uxorem* 41. §. *pen. de legat.* 3. facit *l. centesimis* 46. §. 2. *ff. de verb. oblig.*

Postremo, quod ad arbitrium attinet legatarii, potest legatum in liberum ejus arbitrium & voluntatem expresse censeri, *Titio centum do lego, si voluerit.* Et hoc legatum est conditionale ut legatario ante conditiones eventum mortuo, id est, antequam legatarius voluerit ad se pertinere, jus petendi legati ad hæredem ejus non transmittatur, quia conditio personæ injuncta videtur, *l. si ita legatum* 65. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l. si ita expressum* 69. *ff. de cond. & demonstr.* Quod si ea conditio verbis expressa non fuerit, licet tacitè insit, non facit legatum conditionale *l. conditiones* 99. *ff. de cond. & dem. l.* 3. *ff. de legat.* 2. Cui non obstat, quod alibi traditum est, conditiones, quæ tacitè insunt non reddere legata conditionalia, licet à testatore exprimantur, *l. Cornelius* 69. *ff. de hæred. Instit. l. hæredi* 7. §. *tractari* 5. *ff. quand. dies leg. servo* 47. *ff. de cond. & dem.* Hoc enim sic accipiendum, & temperandum est, nisi alia sit, aut aliam vim habeat conditio expressa, ut in proposito *l. nonnunquam* 52. *ff. d. tit.* idque significat Marcellus in *d. l. servo* 47. *in fin. eod.* Exposui breviter sententiam meam super subtilissima hac quæstione. Interpretes nostri non idem omnes sentiunt. Vid. *Gloss.* Bart. *& DD. in l.* 1. *ff. de legat.* 2. Cujac. 2. *obs.* 5. Hotoman. 1. *amicap.* 5. Robert. 2. *sent.* 10. Conan. 9. *comment.* 5. Pet. Fab. *ad l.* 22. §. 1. *ff. de reg. jur.* Bronch. *cent.* 3. *assert.* 48.

CAPUT XXV.

Rei alienæ legatum quando valeat, & quid juris si quis legaverit rem, quam cum alio communem habeat.

Etiam res alienas legari posse, semper constitit, & posse, etiam si difficilis earum paratio sit, ut loquitur Jurisconsultus in *l. cum servus* 39. §. *constat.* 7. *ff. de legat.* 1. nec obstat lex duodecim tabularum, quæ tantum de suo legandi potestatem facit *l. verbis legis* 120. *ff. de verb. sign.* nam & qui legat rem alienam, vi & effectu de suo legare intelligitur, nempe hæredem suum onerare, ut rem redimat, & redemptam præstet, aut si id non potest, æstimationem inferat, qui hujus legati effectus est §. *non solum*

lum 4. *Instit. de legat. l. si domus* 71. §. 3. *eod. tit.* Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur, quod arguit, *l. qui quatuor.* 30. §. *ult. ff. de legat.* 3. & expresse testatur Ulpianus in *fragm. sub tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, puta *do*, *lego*, aut similibus. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modo in ea causa sit, ut aliquo casu emi possit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus* 104. §. 2. *ff. de legat.* 1. Atque ejus rei, quæ apud hostes est bello scilicet capta, legatum omnimodo consistit jure postliminii, *l.* 9. *l. si servus* 98. *eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *c. filius ext. de testam.* ubi videtur hujusmodi dispositio improbari. Corvarruvias putat speciem *d. c. filius* esse singularem, quod res alterius Ecclesiæ legata illic proponatur sepulturæ causa; & ideo extra speciem ibi propositam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum consistere: & ita quoque Mantic. *lib.* 9. *de conject. ult. vol. tit.* 10. Fachin. *lib.* 5 *controv.* 38. At enim negari non potest, quin Pontifex in §. *c. filius* ostendat sibi displicere rei alienæ legatum, cum id magis sæculi legibus, quam legi Dei convenire significat. Quamobrem Diod. Tuldenus *comment. ad tit. Inst. de legat. c.* 5. fatetur quidem improbari à Pontifice hanc juris civilis dispositionem: cæterum cum eam expresse non abroget, merito adhuc eam obtinere debere contendit; maxime cum probabili nitatur ratione prolixius indulgenti supremis hominum desideriis, & eo tantum pertineat, ut hæres rem à domino redemptam, sed non nisi immodico pretio, justam æstimationem legatario præstet, *l. si domus* 71. §. 3. *ff. de legat.* 1. *l. non dubium* 14. §. *ult. l. qui quatuor.* 30. §. *ult. ff. eod.* 3. Crediderim Pontificem opinionis errore deceptum putasse rei alienæ legatum legibus sæculi ita sustineri, ut eam rem, velit, nolit, dominus suo pretio vendere teneatur: nam ut hæres aut redemptione rei alienæ, aut pretii illius præstatione oneretur, constat legi divinæ minimè repugnare.

Cæterum non semper res aliena legata debetur: verum interest, utrum testator rem alienam legans, sciverit eam alienam esse, an ignoraverit: si scivit, debebitur; si ignoravit, non item, *l. unum ex familia* 67. §. *si rem* 8. *ff. de legat.* 2. *l. cum alienam* 10. *C. de legat.* §. *non tantum* 4. *Inst. eod. Forsitam enim*, inquit ibi Justinianus, *si scivisset alienam rem esse non legasset.* Unde vero illud colligimus? Ex eo nimirum, quod nemo facile credendus sit hæredem suum onerare voluisse redemptione alienæ rei, *d. l. unum ex familia*, §. *si rem*, *l. Sticho* 36. *in fin. ff. de usufruct. legat.* Quam si res hæredis legata sit, distinctione illa non utimur, sed ea omnino debetur, quamvis testator eam suam existimans legaverit: nempe ideo, quod cum rei legatæ dominus ipse hæres est, tam facile eam hæres præstare potest, quam rem, quæ defuncti fuit, *d. l. unum ex familia*, §. *si rem.* Plane interdum conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistincte debeatur; veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico singulari, aliive tali personæ, cui verosimile est testatorem quovis modo legaturum fuisse, *d. l. rem alienam C. de legat.* quod ad legata in piam causam relicta traducunt. Tiraquell. *priv. pia caus.* 66. Vasq. *lib.* 3. *de success. progress.* §. 17 *num.* 41.

Illud belle quæritur, quid juris sit in legato rei communis. Finge testatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legasse Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, si testator sic dixerit *fundum meum.* Hic enim portionem tantum deberi, id est, partem, quæ testatoris fuit, non alienam, diserte á Paulo responsum est in *l.* 5. §. *ult. de legat.* 1. & ait Jurisconsultus hoc constare, ut ostendat certi juris esse, non controversi. Quippe & verba & mens testatoris hic pro hærede faciunt: verba, quia fundum meum recte interpretamur, quatenus meus est: nam meum est *l. in re communi* 26. *ff. de serv. præd. urb. l. si quis* 74. *de legat.* 3. *l. ff. de condit. instit.* quamvis totum meum esse non recte dicatur, *l. recte dicimus* 25. *ff. de verb. signif.* Mens testatoris; quia etiamsi res dubia esset, non facile crederetur testator hæredem suum onerare voluisse necessitate redimendi partem alienam, *d. l. unum ex familia* 76. *si rem.* 8. *de legat.* 2. Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantum portio, quæ testatoris fuit. Et siquidem totum suum esse putaverit, nemo opinor, dicturus est plus quam partem testatoris deberi per *d. l. unum ex familia*, §. *si rem junct.* §. *non tantum*, *Inst. de legat.* excepto utique casu supra memorato ex *l. cum alienam* 10. *C. eod.* Sed quid si eodem modo legaverit, cum sciret fundum sibi cum Titio communem esse? Accursius existimavit totum deberi, quoniam legatum rei alienæ, quam testator scivit alienam esse, valet, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur: quod & Donello visum in *d. l. cum alienam n.* 2. *C. de legat.* Cæterum contrariam sententiam, quam probant Bart. Bald. Jas. Angel. Zas.

Zas. Duar. *in d. l. 5. §. ult. ff. de legat.* 1. Mantic. *lib. 9. de conject. ult. vol. tit.* 1. *n.* 12. veram esse existimo, nempe partem tantum deberi. Quippe longe diversa ratio est in casu proposito rei in totum alienæ, & rei communis sive pro parte meæ. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam: quam nullam in ea re habebat, nullamque alia conjectura capi potest, quam voluisse eum totam legare. At cum res communis fuit, & partem in ea testator habuit, omnino credibile est eum potius de sua illa parte cogitasse, quam voluisse hæredem suum ita onerare, ut partem alienam redimat, quæ conjectura efficacissima est, *d. l. unum ex familia, §. si rem de legat.* 2. *l. Sticho* 36. *in fin. ff. de usufruct. leg.* Confirmat porro hanc sententiam locus Pauli in *l. fundus* 24. *ff. de instrum. leg.* ubi sententiam Neratii explicans ait, si fundus, qui locatus erat, cum instrumento legatus sit, id tantum instrumentum, quod testatoris fuit, legato cedere: quod si nullum ille in eo fundo instrumentum habuerit, quod colonus habuit, deberi. Facit huc & *l. si quatuor* 30. *§. qui fundum* 4. *ff. de legat.* 3. Atque eandem omnino rationem habet, quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit, *l. si domus* 71. *§. ult. ff. de legat.* 1. Enim vero, si testator nominatim dixerit se legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem*, responderem utramque partem, & tam alienam, quam, quæ testatoris fuit, legatam videri, *arg. l. Juliano* 68. *in pr. ff. eod.* 3.

Multa tamen huic sententiæ objiciuntur, & primo, quod appellatione rei totum contineatur, *l. si dictum, §.* 2. *ff. de evict.* à verbis autem non facile sit recedendum, *l. ille aut ille* 25. *l. non aliter* 69. *eod.* 3. Respondeo, verum quidem est, non facile à verbis recedendum esse: sed tamen recedi potest & debet, quando aliud, quam quod dixit, aut scripsit, sensisse testator apparet, *d. l. non aliter.* nam mens & voluntas testatoris verbis aut scriptura potior atque potentior est, *l.* Labeo 7. §. 2. *ff. de suppell. leg. l. cum virum* 16. *C. de fideicom. l. ubi* 21. *ff. de reb. dub.* Mens autem testatoris in proposito fortissimè colligitur ex illa veteribus toties usurpata conjectura, quod scilicet haud facile credendum sit, testatorem voluisse hæredem suum onerare necessitate redimendi rem alienam. Secundo objiciuntur *L. Mævius* 66. *§. fundo legato* 6. *ff. de legat.* 2. Sed longe alius casus ibi deciditur, nempe quid juris sit, si quis certum fundum, cujus totius proprietas ad eum solum pertinet, ususfructus autem alienus est, simpliciter, id est, non deducto usufructu legaverit: hic ait Papinianus etiam usumfructum ab hærede petendum esse. Ratio dubitandi est, quia ususfructus non est pars rei, *l. recte dicimus* 25. *ff. de verb. sign.* Et vero, si pars esset, non nisi stulte quæreretur, an ubi constat totum legatum esse, appellatione totius ususfructus contineatur. Ratio autem decidendi hæc est quod etsi ususfructus proprie pars non est, instar tamen partis obtinet, propterea, quod emolumentum rei continet: ac proinde fundo legato etiam ususfructus, nisi expresse excipiatur & detrahatur, legato cedit, *d. l. Mævius, §. fundo, l. 6. ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consum.* Et quod notandum cum Azone & Hugolino, ut singulare, si alio proposito id fecit testator, responsum est in specie huic gemina, eum errore labi, & plus hic valere scripturam, quam quod actum, aut cogitatum est, *l. si alii* 19. *ff. de usufruct. leg.* contra communem scilicet regulam, secundum quam voluntas magis, quam verba, spectanda, *l. cum virum* 19. *C. de fideic. l.* Labeo 7. §. 2. *ff. de suppell. leg.* Porro quod hic juris in toto, idem haud dubie obtinebit & in fundi parte: cujus ususfructus alienus est, legata, *arg. l. quæ de tota* 79. *ff. de rei vind.* D. Duarenus nimium hic sollicitus est, & frustra laborat in alio casu quærendo: quanquam vera sunt, quæ profert. Objicitur tertio locus in *l. cum filius* 76. §. 2. *de legat.* 2. Sed eadem ad hunc locum, quæ ad superiorem, responsio est; ut præterea & hoc accedit, quod hæres, qui in casu ibi proposito ipse fructuarius est, nulla redemptione oneretur. Quarto objicitur, *l. si rei obligata* 57. *de legat.* 1. *d. l. Mævius* 66. *§. fundo eod.* 2. *l. 6. de fideicommiss.* quibus locis traditur hæredem rem pignori obligatam, quæ legata sit luere debere, utique si sciebat testator eam pignori obligatam esse, *dd. ll. & §. sed & si* 5. *Inst. de legat.* unde sequitur non liberari hæredem præstando id, quod defunctus habuit. Respondeo, conjectura voluntatis testatoris rem suam, quam creditori obligatam esse sciebat, legantis facit, ut res integra, plena & libera debeatur. Nam cum æs alienum onus sit hæredis, qui universum jus defuncti succedit, non legatarii, *l. 1. C. si cert. pet.* non est credibile testatorem voluisse æs alienum solvi à legatario, nisi hoc expresserit. Aliud autem est, si obligatam esse nesciebat, exceptis duobus illis casibus, de quibus in *d. l. si res obligata* 57. *de legat.* 1. *& d. l. 6. C. de fideic.*

Nostra hæc & communis sententia nullam Gallorum moribus dubitationem habere potest quippe, quibus ne illud quidem obtinet,

ut

ut fundo legato usufructus, qui alienus est, ab hærede peti possit, teste Autumno *Conf. Gall. Confer. du droict. ad d. l Mævius 66. §. fundo legato. 6. ff. de legat.* 2. ubi scribit apud Gallos locum non esse dispositioni *d. §. fundo*, ac proinde abrogandum. Atque hoc ut voluntati testatoris, ita & Batabiæ quoque nostræ moribus omnino consentaneum videtur. Similiter, si testator alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi legaverit eo proposito, ut alter nudam proprietatem haberet, simplicitati morum nostrorum non convenit, ut usufructus contra mentem testatoris communicetur secundum *l. si tibi 19. ff. de usufruct. leg.* & nescio cujus subtilitatis objectu impediatur, ne suprema hominum judicia exitum habeant. Idem de Galliæ moribus testatur Bern. Autum. *in confer. Gall. ad d. l. si tibi ad* Groenevv. *tract. de leg. abrog. ad d. l. si tibi & ad d. l. Mævius 66. §. fundo legato de legat.* 1. Alii, quibus nimia ista subtilitas non placuit, *d. l. si tibi* interpretatione sua sic temperaverunt, ut in casu, quem ibi tractat Modestinus, plus valere debeat scriptura, quam quod actum est, dummodo de eo, quod actum est, non constet: quam interpretationem nec verba, nec sententia Jurisconsulti admittunt, ut bene animadverterunt Joannes Azo & Hugolinus apud Accursium.

CAPUT XXVI.

An unquam error in nomine legatarii reive legatæ aut falsa demonstratio vitiet legatum?

SI quis hæredem instituit, sive alicui quid legat, personam hæredis aut legatarii demonstret, necesse est. Demonstrantur personæ citra controversiam suo nomine: cæterum & aliis modis demonstrari possunt, ut valeat institutio aut legatum, *l. quotiens 9. §. si quis 8. ff. de hæred. Instit. l. si ita 8. §. 2. ff. de bon. poss. sec. tab.* Et generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur, *l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatim 34. ff. de cond. & dem.* Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante testatore, nihilominus institutio aut legatum valeat, perindeque habendum sit, ac si nomen adjectum non esset; dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari à testatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit, *d. l. quotiens, §. si quis ff. de hæred. Inst.* pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur, *l. 2. ff. de his, quæ non pro script.* Finge ergo hoc modo legasse, *Corneliæ sororis meæ filio centum do lego*, si soror unum tantum filium habeat, valet legatum, quia satis apparet, quem testator designavit. Sed & si ita dixerit, *Cornelio sororis meæ Corneliæ filio centum lego*, valebit legatum, etiamsi ei non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Denique & sic demonstratio rectè fit, *cujus nomen in codicillis scripsero*, illi hæres meus centum dato, *l. institutio talis 10. ff. de cond. Inst.* nam quod in hærede sic demonstrato obtinet, id vel magis in legatario valere debet. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatæ, v. c. si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus, si constet hunc legatum esse, *l. 4. ff. de legat.* 1. Et convenienter si quis cum unum tantum servum haberet, dixerit *Stichum servum meum Titio do lego*, valebit legatum, licet servo Davus, non Stichus nomen sit, *arg. l. demonst. 17. ff. de cond. & dem.* Planè si quis cum vestem legare vellet, supellectilem scripserit, putans supellectilis appellatione vestem contineri, placet nec vestem nec supellectilem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l. 4. de legat.* 1. ubi Jurisconsultus hanc differentiæ rationem reddit, quod rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. Per rerum vocabula intelligit illa, quæ Grammatici appellativa vocant? per hominum, quæ illi propria, propterea, quod rei sive personæ tantum singularis designandæ causa reperta sunt. Hæc ait esse mutabilia, quia scilicet privata sunt: & pro arbitrio singulorum imponuntur & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia, *l. Labeo 7. §. 2. ff. de supell. leg.* ut proinde in his error sit tolerabilis, in illis stultus & intolerabilis. Et est sanè ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia θέσει constant & ita, ut pro arbitrio cujusque privati & citra considerationem naturæ rei imponantur: quapropter nec rei φύσιν sed tantum differentiam ἰδιωτικὴν indicant. Appellativa verò φύσει quodammodo constant, id est, à natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt ἀρχηγικὰ στοιχεῖα, seu principia & elementa reliquorum. Sanè Cratylus apud Platonem existimat majorem quandam vim, quam humanam, prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, licet imposititia sint, publica tamen & ipsa sunt, ac communia: & sive prudenter, sive temerè & κατὰ τύχην imposita sint, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinione exaudiri debeant, sed ex communi usu: eorumque impositio naturæ consona habetur, nec minus hæc, quam prima ipsam rei substantiam

tiam denotant. Quæsitum verò est, an non saltem valere debeat legatum, si res cum oculis subjecta esset, à testatore manu demonstrata sit, ut alieno nomine eam appellaverit: veluti si cum equus præsens esset, ita dixit, *Hunc bovem Titio do lego*? Accursius in *l. quæ extrinsecus 65. ff. de verb. oblig.* existimat valere, & æquum deberi, cujus sententiam & plerique Interpretes secuti sunt. Mihi verò id minimè consentaneum videtur responso Pauli in *l. 3. de reb. dub.* ubi Jurisconsultus sic scribit: *Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.* Convenienter omnino sententiæ sive Servii, sive Celsi, dicentium *non videri quemquam id dixisse, cujus non suo nomine usus sit*? aut quod idem valet, neminem videri sensisse, quod non dixit: quanquam Tubero plus hic tribuebat voluntati, *l. 7. §. 2. ff. de supell. leg.* Quamobrem magis est, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat atque æquè stultum ac derisorium, ut illa, de quibus in *l. 4. ff. de legat.* 1. quod etiam Mynsingero ad *§. si quidem 29. Inst. de legat. n.* 10. verius videtur. Planè si quis chartas librorum, appellatione, aut contra, complexus esse dicitur, locus esse potest quæstioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l. librorum 52. §. quod tamen 4. ff. de legat. 3. & ibi* Bart. Quin etiam generaliter idem admittendum putem, si aliquo colore usuve loquendi vocabulum, quo testator usus est, ad quod voluisse dicitur, extendi potest, *arg. l. si quis vinum 9. pr. ff. de trit. vin. ol. leg.* quod & Diod. Tuldenus probat *in comment. ad Inst. tit. de leg. cap.* 21. Duar. *ad l. 4. de leg.* 1. Pet. Fab. *l. 2. semestr.* 14.

Quod in errore nominis personæ legatariis, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus sit, legatum tamen utile sit modo de persona aut re aliunde constet, id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, omni abjectione, quæ extra nomen personæ aut rei designandæ gratiæ adhibetur, ut, etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda testator erraverit, tamen legatum perinde valeat, ac si nullus error intervenisset: dummodo constet, cui legare, aut quam rem legare testator voluerit, *l. demonstratio 7. pr. & §. 1. l. falsa 33. & l. seq. ff. de cond. & dem. §. huic proxima 30. Inst. de legat.* Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis, *l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatim 34. ff. de cond. & dem.* Cæterùm hæc regula sive sententia sic in universum temperanda est, nisi quid aliud obstet legato præter falsitatem demonstrationis. Hoc autem observato facilè removeri poterunt pleraque, quæ alioqui huic sententiæ obstare videntur. Nam primo, si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, responsum est inutile esse hoc legatum; veluti, si testator ita dixerit, *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego*, si hæc in arca nulla sint, placet nihil deberi, quasi certum corpus, quod in rerum natura non est, legatum sit, *l. si servus 108. §. qui quinque 10. ff. de legat. 1. l. 1. §. sed & si 7. ff. de dot. præleg. junct. l. planè 34. §. sed hoc ita 4. ff. de legat.* 1. Prius enim est, ut sit, quod legetur, quam legatum valeat, aut dici possit falsa demonstratione perimi, *l. quibus 40. §. pen. ff. de cond. & dem.* 2. Si quis ita legaverit: *Quid mihi Titius debet, Sempronio lego*, fine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum esse legatum, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia scilicet non apparet, quid quantumve legatum sit, *l. si sic legatum 75. §. 1. de legat.* 1. 3. Eadem ratione inutile est & hoc legatum. *Quod Titio debeo, ei lego*, si testator neque debeat, neque quantitas adjecta sit; quamvis si ita dixerit, *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, legatum utile sit, licet nihil Titio debeatur: quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat, *d. l. 75. §. 1. l. legavi 25. sub fin. ff. de lib. leg.* 4. Sed etsi quantitas adjecta est, tamen ne sic quidem semper utile est legatum in hujusmodi speciebus. Finge testatorem ita legasse, *Centum quæ Titio debeo, Sempronio lego*; constat hoc legatum inutile esse, etiamsi verum sit centum Titio deberi: quoniam debitor id, quod ipse debet, alii quam creditori legare non potest; ac proinde nec si falsum erit, legatum valebit. Nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. 5. Finge iterum legasse hoc modo, *Titio centum, quæ mihi debet, lego*, cum Titius nihil deberet, nihil hic item esse in legato responsum est, multumque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, *d. l. 75. §. 2. d. l. legavi 25. vers. quod si sic.* Nimirum, etsi hic centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, nisi liberatio: quo legato hoc continetur, ut si hæres petat, exceptione removeri, si non petat, ultro pulsari possit, ut debitorem liberet, *l. 3. §. ff. de lib. leg.* Neutri vero horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. 6. Pari ratione si testator centum, quæ Titius ei debeat, legaverit Sempronio, dicendum est inutile esse legatum,

tum, si Titius nihil debeat: quippè nec hic legantur centum, quæ hæres det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut hæres actiones suas præstet, §. *tam autem* 21. *Instit. de legat.* nullas vero habere aut præstare potest adversus eum, qui nihil debet: quod Ulpianus in *d. l. si sic legatum* 75. §. 2. *de leg.* 1. breviter his verbis significat, *esse enim debitor debet.* Postremo, non obstat huic sententiæ, quod Papinianus Sabinum respondisse scribit, falsam demonstrationem non facere legatum, *l. cum tale* 72. §. *ult. ff. de cond. & dem.* Neque enim hoc dicimus falsam demonstrationem facere legatum, sed non vitiare legatum. Legatum faciunt verba disponentia, non demonstrantia. Itaque in specie illic à Papiniano proposita, *ex centum, quæ Titio legavi, quinquaginta hæres Sejo dato*, non Titius, sed Sejus est legatarius, qui solus est in dispositione, eique quinquaginta debentur non obstante vitio demonstrationis. Titio autem, qui in demonstratione est, debetur nihil, Jul. Pac. *cent.* 6. *quæst.* 44.

CAPUT XXVII.

An hæres ob omissam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? Et an ex eadem causa amittat legitimam?

Lege duodecim tabularum, licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut hæredi relinqueretur præter onus & molestiam æris alieni *l. verbis leg.* 120. *ff. de verb. sign.* qua licentia cum testatores usi essent, eveniebat plerumque ut suprema eorum judicia destituerentur, recusantibus scriptis hæredibus nullo suo aut quam minimo lucro hæreditatem adire, atque aliena dumtaxat gratia maximis sæpe oneribus minimeque necessariis se implicitare. Quod cum & ipsis testatoribus inutile esset, & publice expedire putetur supremas hominum voluntates exitum habere, *l.* 5. *ff. testa. quemadm. aper.* visum est ex usu esse reip. hæredes justo aliquo lucro ad adeundam hæreditatem invitari, quo suprema judicia conservarentur. Id quod commode fieri posse creditum est, si libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur: quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata esset, tandem lege Falcidia perfecta est, qua cautum, ne plus legare liceret quam dodrantem totorum bonorum, *l. ff. ad leg. Falcid. pr. Inst. eod.* Procedente tempore ob eandem causam eadem lex producta est & ad fideicommissarias hæreditates, cautumque senatusconsulto Pegasiano, ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis retinere conceditur, §. *sed quia* 5. *Inst. de fideic. hæred.* Cujus senatusconsulti vim Justinianus postea transfudit in senatusconsultum Trebellianum, ut jam ex solo senatusconsulto Trebelliano restituatur hæreditas, atque ex hoc eodem senatusconsulto quartam partem hæres retineat, §. *sed quia stipulatione* 7. *Inst. eod.* Unde interpretes quartam hanc appellaverunt quartam Trebellianicam: quanquam veteres & hanc ipsam vocant quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ, nunquam alio nomine, ut videre est in *l. cohæredi* 41. §. 3. *ff. de vulg. & pup. subst. l.* 2. §. *ult. de jur. codicill. l. filiusfam.* 18. *pr. l. si à me* 29. *l. in ratione* 30. §. *tametsi* 7. *l. lex Falcidia* 47. §. 1. *l. Titia.* 86. *ff. ad leg. Falcid. l.* 2. *l.* 3. *l. mulier.* 22. §. 2. *l. si patroni* 55. §. 2. *l. deducta.* 58. §. 3. *ff. ad senatusc. Trebell.* 1. *l. quamquam* 10. *& l. seqq. C. ad leg. Falcid. &c.* Nimirum quia senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta est, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommissa universalia. Porro leg. Falcidia hæredis potissimum causa lata fuit, ejusdemque etiam gratia tracta ad fideicommissa hæreditatis, *l. potest hæres* 71. *l. Titia* 89. *in fin. ff. ad leg. Falcid. junct.* §. *sed quia* 5. *Inst. de fideic. hæred.* cui consequens, ut nec testator testamento suo prohibere potuerit, ne hæres commodo Falcidiæ uteretur, *l. quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad leg. Falcid. l.* 1. §. *inde Neratius* 19. *ff. ad senat. Trebell. l. si ut allegas* 11. *C. ad leg. Falcid.*

Primus Justinianus Falcidiæ locum esse noluit, si testator expressim vetuerit hæredem ea uti, *Nov.* 1. *c.* 2. *in fin.* unde sumpta *auth. sed cum testator. C. ad leg. Falcid.* Idem Imperator jam ante caverat, ut etiam hæres, qui inventarium facere neglexisset, beneficio legis Falcidiæ privaretur, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.* quod & repetit, *d. Nov.* 1. *c.* 2. §. 1. Quæ Justiniani constitutiones occasionem præbuerunt interpretibus quærendi, an quæ Imperator illic cavet circa quartæ Falcidiæ prohibitionem & amissionem, etiam pertineant aut trahi debeant ad quartam quam vocant Trebellianicam, ut & hujus detractionem testator possit prohibere, & hæres quoque commodum ejus non confecto inventario amittat. Quæ forte quæstio ab illis mota non fuisset, si id, quod modo diximus & demonstravimus, observavissent, nunquam alio nomine veteribus quartam senatusconsulti appellatam, quam Falcidiæ. Ex eo etiam didicissent appellatione Falcidiæ etiam

etiam quartam senatusconsulti contineri, nec improprie, ut illic, sed proprie, si usus proprietatem spectemus, non vocis. Ac proinde positis terminis habilibus, atque in dubio ubi nulla expresim differentia constituitur inter quartam, quam hæres de singulis rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommisso hæreditatis, quidquid de Falcidia jure cavetur, ex æquo ad utramque Falcidiam pertinere. Atque omnino verisimile est, Justinianum perpetuum omnium auctorum juris usum secutum utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendisse. Nunc vero tametsi crebrius eo itum est, atque id passim usu receptum, ut etiam detractio quartæ senatusconsulti ex auctoritate *d. Nov.* 1. *c.* 2. expresse prohiberi possit, propter communem rationem prohibitionis permissæ, quæ hæc est, ut impleatur defuncti voluntas, Gomez *lib.* 1. *resol. c.* 5. *num.* 11. Clar. §. *testamentum qu.* 62. Mantic. *lib.* 7. *de conject. ult. vol. tit.* 11. *& seq.* Everh. *in top. loc.* 34. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. nov. cap.* 1. Perez *par. C. ad senat. Trebell. num.* 20. Grot. *lib.* 2. *introd. cap.* 20. Gail. 2. *obs.* 138. *num.* 15. Groenevv. *de leg. abrog. ad d. auth. sed cum testator.* Tamen ob inventarium non confectum major pars DD. censere dicitur hæredem non amittere quartam Trebelliani & secundum hoc sæpisimè judicatum est, Clar. *d.* §. *testamentum, quæst.* 63. *decis. Cur. Holland.* 3. Gail. *d. obs. num.* 3. *&* 6. Mynsing. 3. *obs.* 60. Christin. *vol.* 1. *decis.* 317. *& vol.* 4. *decis.* 51. Perez *in Cod. de jur. delib. num.* 14. Fach. 4. *contr.* 38. Grœnevv. *ubi supra* quod profecto mirum est: nam & amisionis quartæ Falcidiæ ob non confectum inventarium eadem ratio est in hærede fiduciario, quæ in hærede Falcidiæ, violenta nimirum præsumptio fraudis & subtractionis rerum ab hærede factæ, ob quam causam hanc pœnam eum luere vult Justinianus *ποινὴν*, ut ipse loquitur, *τῆς ἑαυτοῦ κακουργίας, διότι παρέβη τοὺς νόμους*, quæ præsumptio proinde absoluta est, jurisque & de jure. Aut igitur hæres fiduciarius non tenetur inventarium facere; aut si tenetur, quod in confesso est si non fecerit, dignus erit, qui eadem pœna malignitatis suæ & *παραβάσεως* mulctetur: & alioqui liberam habebit grassandi in hæreditate facultatem. Sed & in *d. Nov.* 1. *c.* 1. *in pr.* etiam de hæredibus fiduciariis & fideicommissariis universalibus Justinianus agit, ad quos proinde & sequentia recte referuntur, & quod in *d. c.* 2. §. 1. *ejusd. Nov.* traditur de citatione fideicommissariorum, etiam ad universales, quorum præcipue interest pertinet. At, inquiunt, leges correctoriæ non sunt extendendæ, odia restringenda, &c. Cur igitur, inquam, ex eo quod Justinianus testatori permisit prohibere detractionem quartæ Falcidiæ, inferunt etiam concessum esse testatori prohibere retentionem Trebellianicæ. Quin utiam ipsi DD. communiter post Glossam in & per text. *c.* 5. *Nov.* 118. admittunt etiam legis novæ & correctoriæ, rationem correctionis exprimentis, extensionem fieri posse ob identitatem, ut loquuntur rationis, Gomez *ubi supra num.* 11. & ibi citati. Denique nulla in proposito fit extensio, si veterum loquendi consuetudinem, ut ante probavimus, spectemus. Atque hæc sententia, refragante licet Diod. Tulden. *comm. ad Inst. tit. de legat c.* 3. qui nec à testatore prohiberi posse quartæ senatusconsulti detractionem contendit, mihi verisima videtur: quam etiam sequitur, *Præs.* Everh. *d. loc. n.* 5. Gudelin. *d. c.* 11. Charond. *lib.* 13. *respon.* 68. Ant. Fab. *Cod. for. ad sen. Treb. defin.* 5. *& de jur. delib. defin.* 23. Catheranus *decis. Pedemont.* 147. supra sexaginta Doctores hujus sententiæ assertores citat. Excipiunt vero liberos primi gradus; quoniam nec his prohiberi potest deductio quartæ Trebelliani, per *l.* 6. *C. de senat. Trebell.* In quo tamen & ipso insignis & non unus error est. Primum, quod firmamẽtum hujus exceptionis ponunt in *d. l.* 6. quæ Zenonis est, cum ante constitutionem Justiniani in *d. Nov. c.* 2. nec in extraneis Falcidiæ aut Trebellianicæ deductio prohiberi potuerit. Secundo, quia illa exceptio non est de regula: nam respicit tantum liberorum legitimam, quæ eis ne nunc quidem sine justa causa auferri potest: admissa vero duplici in liberis detractione, de qua agimus quæstione sequenti, quin detractio Trebellianicæ, in qua non liberorum, sed cujusvis alterius hæredis jure censentur, iis prohiberi posit, nullus dubitat. Tertio, quod solos liberos & primi gradus excipiunt, cum excipiendi sint omnes, quibus legitima relinqui debet, quique ea non relicta de inofficioso queri possunt, proinde parentes quoque, item fratres ac sorores consanguinei rogati hæreditatem restituere turpi personæ. Postremo, quod eandem exceptionem potuit etiam ubi liberi hæredes Falcidii aut Trebellianici inventarium facere neglexerunt: de quo mox ex professo. Plane si hæres purè rogatus hæreditatem restituere, eam statim quoque restituerit, poterit excusari, eo quod ideo videatur omisisse confectionem inventarii, quia id onus jam non ad se, sed ad fideicommissarium pertinere existimavit.

Proxima superiori quæstio est, an liberi ex causa non confecti inventarii amittant legitimam? Qui negant extraneum hæredem ob non con-

confectum inventarium amittere Trebellianicam, iidem non potuerunt negare liberos ex eadem causa amittere legitimam. Sed tamen & qui affirmant ex ea causa extraneos amittere Trebellianicam, negant tamen liberos amittere legitimam. Et quamvis explorati juris sit, hanc esse pœnam hæredis inventarii confectionem omittentis, quod privetur quarta Falcidiæ, tamen ob eandem causam liberos non privari legitima longe pars maxima interpretum pro comperto habet. Gail. 2. *obs.* 138. *n.* 14. Fachin. *lib.* 4. *controv. c.* 34. Christin. *vol.* 1. *decis.* 317. *n.* 6. *& seqq.* Ant. Fab. *Cod. suo for. de jur. deliberand. defin.* 23. *& ad senat. Trebell. defin.* 5. ubi in notis ait, neminem dubitare, quin liberis salva maneat retentio legitimæ, etiamsi inventarium facere neglexerint. Sed tamen non unus est, qui contrarium docuit, Salicet. *in auth. sed cum testator. C. ad leg. Falcid. & in l. ult.* §. *si quis autem n.* 4. *C. de jur. de lib.* Sarmient. *lib.* 2. *select. interp. c.* 7. Covar. *in c. si hæredes* 10. *ext. de testam.* Cacheran. *decis.* 138. *à num.* 1. *usque ad* 6. & inter alios quoque Cujac. *in expos. d. Nov. l.* 1. eamque sententiam etiam probatam fuisse viro clarissimo D. Petro Cunæo beatæ memoriæ Collegæ quondam meo, in posterioribus ejus curis manuscriptis comperi: & veram esse ipse quoque existimo. Enim vero si quæstio ita, uti potius oportebat, proponeretur, an etiam in liberis ob inventarium non confectum locus esset præsumptioni κλοπῆς & κακουργήματος, quod hæreditas fuerit solvendo, & si nihil surripuissent, μηδὲν ἐκακούργησαν, quod legatis & fideicommissis exolutis satis adhuc ad quartam Falcidiæ aut legitimam iis superesse appareret; nescio an multi hoc negaturi sint: nam sane cum Justinianus in *d. Nov.* 1. *c.* 2. simpliciter & sine ulla hæredum distinctione loquatur, eam ad hæredes extraneos restringere difficile est. Quin idem Imperator in *l. ult.* §. 1. §. 2. *&* §. *fin vero C. de jur. delib.* diserte loquitur tam de suis hæredibus se immiscentibus, quam de extraneis adeuntibus. Et cum utique etiam liberi inventarium facere teneantur, fieri nequit, ut eo omisso non in eadem quoque pœnam propter præsumptionem, quam diximus, cum cæteris incidant, ut & Falcidiæ beneficio priventur; solidaque legata & fideicommissa præstare debeant, etsi vires excedant patrimonii. Sic igitur tenentur de propria substantia πληρῶσαι, complere legatarios & fideicommissarios *d. Novell.* 1. *c.* §. 2. *in pr.* quis color hic prætexi poterit deductioni aut retentioni sive Falcidiæ sive legitimæ. Unam enim in liberis jure civili atque eandem portionem hæ duæ hic efficiunt: unde & ipsa legitima à Papiniano & Ulpiano Falcidia appellatur in *l. Papinianus* 8. §. *meminisse* 14. *in fin. ff. de inoff. testam.* ut & ab ipso Justiniano in *l. quæ nuper.* 31. *C de inoff. testam.* atque aucta legitima etiam in liberis aucta intelligi debet. Govean. *li.* 2. *var. lect. c.* 1. Cujac. *ad Nov.* 18. *c.* 1. Quid quod posita superiore πρόληψει, quam probavimus esse juris & de jure, non tam amittunt liberi legitimam, quam integram jam habere præsumuntur. Non magni itaque momenti sunt, quæ objiciuntur: qualia quod legitima debeatur tanquam æs alienum; quod nonnisi ex causis, quæ inofficiosi querelam excludunt, amittatur. Nam proprie loquendo legitima non est debitum, ac ne naturale quidem, quamvis ita propter certos effectus vocetur in *l. scimus.* 36. §. 2. *C. de inoff. testam. l. un. in pr. C. de impon. lucrat. descript.* & adita non confecto inventario hæreditate confunduntur actiones, hæresque quod sibi à defuncto debetur, amittit, *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jur. delib.* nec querela datur, nisi præteritis aut exhæredatis: denique nec ex causa ingratitudinis aut inobedientiæ hanc sententiam defendimus, sed ex supradicta ratione legis præsumentis inventarium non facientes ipsos sibi satis prospexisse: nisi quis existimet, quod humanum videtur, hanc præsumptionem contra liberos non esse tam vehementem, quin per rei veritatem elidi possit, si forte ipsi liberi, quibus jure naturæ deberi legitima dicitur, hæreditatem non esse solvendo doceant; maxime cum legatarii & fideicommissarii certent de lucro captando: quo inclinare videtur Bachovius ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 2. *thes. penult.*

CAPUT XXVIII.

Filius hæreditatem restituere rogatus quo jure duplici deductione utatur? & quid hic usu receptum?

VErisima sententia est, filium hæreditatem restituere justum jure civili unica deductione sive legitimæ, sive Trebellianæ portionis contentum esse debere: atque oppido quam alienum est à ratione juris civilis, quod de duplici detractione jure Pontificio cautum est in *c. Raynutius &c. Raynaldus ext. de testam.* Rationes hæ sunt. Primum, quia harum portionum hoc proprium est, ut una in alteram consumat, *l. si mulier* 22. §. 2. *ff ad SC. Trebell.* 1. *in quartam* 91. *ff. ad leg. Falcid. junct. l. si quando* 35. §. 2. *C. de inoff. testam. l.* 8. §. *si quis* 15. *ff. eod.* 2. Quia alias eadem ratione etiam

etiam quartam Falcidiæ de legatis & fideicommissis singularum rerum, & simul legitimam filius hæres institutus detrahere deberet: quod tamen nemo dixit, quanquam id tentat Zypæus apud Christin. *vol. 1. decis.* 245. *n.* 12. sed arg. juris in *d. ca. Raynutius* constituti. 3. Quia sic hæres fideicommissarius nonnisi semissem hæreditatis, & nonnunquam etiam minus consequeretur, nempe eo casu, quo propter numerum liberorum ipsa legitima est semis. 4. Quia ubi ex alia lege portionis alicujus fit deductio, lex Falcidia & senatusconsultum cessant, *l.* 1. §. *pen. ff. si cui plus quam per leg. Falcid. l. Papinianus* 8. §. 9. 11. *&* §. *si quis* 15. *de inoff. testam.* 5. Quia testatoribus omnibus jure civili concessa est libera potestas disponendi de dodrante totorum bonorum, *l.* 1. *ff. ad leg. Falcid.* & parentibus utique aucta postmodum quantitate Falcidiæ seu legitimæ in liberis, debesse aut septunce. 6. Per textus expressos in *l. cohæredi.* 41. §. 3. *ff. de vulg. & pupill. substit. l.* 6. *C. ad senat. Treb. l. liberto* 21. §. 2. *ff. de ann. leg. l. filium* 24. *C. fam. ercis. l. quanquam* 10. *C. ad leg. Falcid.* quibus omnibus locis in terminis nostris quadrante dumtaxat retento dodrans restituitur. Denique ipse Justinianus *Nov.* 1. *cap.* 1. §. 1. satis aperte solius legitimæ deductionem liberis oneratis concedit. Estque veritatis hujus sententiæ tanta evidentia, ut & veterum interpretum multi, Joan. Glossat. Cynus. Bart. Bald. Fulgos. Jason. *&c.* ipsaque Glossa in *d. c. Raynutius* & recentiores fere omnes, non modo Hotomannus *qui illust.* 4. Donellus *lib.* 7. *comm. cap. ult.* Bachov. *ad* Treutl. *vol.* 2. *disp.* 14. *thes.* 2. sed etiam Pontifici Romano addicti, Goveanus in *l.* 1. *ff. ad leg. Falcid. n.* 9. *&* 10. Cujac. 8. *observ.* 3. Gail. 2. *obs.* 121. *n.* 4. Ant. Fab. *dec.* 11. *err.* 7. *& Cod. forens. de codicill. defin.* 7. Tulden. *in Cod. ad senat. Trebell. n.* 4. Perez. *ad Cod. eod. tit. n.* 11. veram eam esse ultro fateantur, Pontificesque Innocentium & Gregorium excusent, quod secuti communeum interpretum errorem, secus constituerint. Pauci vero admodum sunt ex neotericis, qui etiam juri civili conveniri constitutionem Pontificiam contendunt, atque inter hos facile primas tenet Ant. Fachinæus *lib.* 5. *controv. c.* 2. Cæterum illic in hoc ab aliis. Anton. Contio *lib.* 1. *disp. jur. civil.* Peregrino *tract. de fideicomm. art.* 3. *n.* 5. discrepat, quod ingenue fatetur duplicem illam detractionem legitimæ simul & Trebellianicæ non convenire juri Digestorum aut Codicis, eamque tantum defendit quasi consentaneam juri novissimo, constitutioni videlicet Justiniani. *Nov.* 39. *c.* 1. cæteri vero quasi convenientem & juri antiquiori. Horum argumenta cum jam dudum à doctis viris plenissimè confutata sint, & novissime à nobilissimo & cl. viro D. Ja. Mæstertio, collega nostro *lib.* 2. *de just. leg. Rom. c.* 48. nos eorum summam dumtaxat colligemus, breviterque singulis respondebimus; deinde nobis res erit cum D. Fachinæo.

Ajunt igitur, cùm duæ istæ quartæ ex diverso jure promanent, legitima ex jure naturæ, Trebellianica ex senatusconsulto, alteram alteri obesse non oportere, quemadmodum nec prælegata imputantur in Falcidiam, sed hæres & ea ex beneficio testatoris, & Falcidiam ex legis auctoritate obtinet. 2. Quod legitima detrahatur tanquam à filio, Trebellianica tanquam ab hærede; nihil autem absurdi sit, unum & eundem duplicem sustinere personam, & inde duplex commodum capere, *l. si tutorem* 22. *ff. de his quæ ut indign.* 3. Quod novum non est, ut duplex deductio & gemina deducendi causa concedatur, *l. quotiens* 67. *ff. ad leg. Falcid.* 4. Argumentum ducunt ex *l.* 3. §. 2. *ff. eod.* ubi duplex deductio permitti videtur Falcidiæ & Trebellianicæ. 5. Quod æs alienum non imputetur in quartam. Ad primum respondeo, id non procedere, quando utrumque ejus naturæ est, ut unum alterum excludat, *l.* 34. *ff. de O. & A.* Deinde imputari in Falcidiam, quicquid hæres jure hæreditario capit; quo jure in proposito filius legitimam consequitur; in Trebellianicam, de cujus detractione hic disputamus, etiam quod jure legati aut fideicommissi, *l. in quartam* 91. *ff. ad leg. Falcid. l. mulier.* 22. §. 2. *ad senat. Trebell.* sicut & in legitimam, *l.* 8. *l. si quando* 35. *C. de inoff. test.* §. *ult. Inst. eod.* Ad secundum respondemus ex *l.* 8. §. *si quis* 15. *ff. de inoff. test. & l.* 1. §. *pen ff. si cui plus quam per leg. Falc.* ubi itidem unus & idem duas personas substinet, & tamen una dumtaxat quarta deducitur. Hoc tantum inde sequitur, filium optionem habere utro jure alterutrum consequi velit. Quidquod nec verum illud est, quod ajunt, filium in proposito duplicem sustinere personam: nec enim aliter hic considerari potest, quam à patre hæres institutus, quamvis oneretur fideicommisso. Ad tertium, unam tantum quartam in specie *l.* 67. *ff. ad leg. Falcid.* deduci, hæredemque partem retinere suo jure, partem vitio legatarii. Ad quartum, in casu *l.* 3. §. 2. *ff. ad senat. Trebell.* duplicem quidem deductionem fieri, unam de legatis, alteram de fideicommisso, sed quæ si assem spectamus, unius tantum quadrantis deductio est. Ad quintum, quod legitima neque est in bonis filii, neque filio ut æs alienum debetur, alioqui neque per exhæredationem ea pri-

privari posset. Quin nec debitum est naturale: nullam enim certam portionem in bonis parentum filius natura definivit: sed improprie tantum ita vocatur propter varia privilegia, quibus Imperatorum constitutionibus donatur, & quia liberis non nisi ex gravissimis causis ea adimi potest. Solum autem verum debitum hæres seorsum deducere potest, idque demum novo jure ei concessum, & nonnisi confecto inventario secundum constitutionem Justiniani in *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jur. delib.* Jam videamus quid ex novissimo jure pro tuenda illa duplici detractione afferat D. Fachinæus. Ille ex *Nov.* 39. *cap.* 1. sic argumentatur: Quod filius restituere jussus est, de eo illic potestas ei fit detrahendi quartam ex auctoritate senatusconsulti: at hoc tantum quod legitimam excedit, jussus est restituere; quia legitima fideicommisso gravari nequit, &c. Respondeo verbis testatoris hæreditatem restitui rogantis etiam legitimam, ut ipsius hæreditatis portionem contineri, & legibus satisfieri, si legitimam filius quoque modo salvam habeat. Nam nec ante illam Justiniani constitutionem legitima fideicommisso onerari potuit: sed hoc scilicet effectu non potuit, ut filiis ea vel parte ejus privaretur. Sic olim nec Falcidia nec Trebellianica fideicommisso gravari potuerunt, quæ tamen portiones sunt hæreditatis, & quod dicitur legitimam non recipere ullum onus, accipiendum est de onere, quod ex dispositione testatoris proficiscitur *l.* 32. *C. de inoff. test.* non de eo quod ex ipso jure hæreditario exurgit, de quo vide *quæst.* 20. *lib.* 1. Quin potius ex illa ipsa *Nov.* 39. *cap.* 1. recte colligas, non posse filium plus quam portionem legitimam deducere, quia excipitur tantum casus unus favorabilis, nempe si legitimæ deductio non sufficiat ad justum dotis vel antenuptialis donationis modum: ultra vero quam satis sit, quicquam deduci non permittitur, *auth. res quæ C. comm. de legat.* Instat tamen Fachinæus, & hoc præcipue urget, quod legitima illic ipso jure videtur eximi fideicommisso, nempe ut id intra bessem consistat; cujus proinde delibatio ex senatusconsulto recte fiat: quippe quod non minus suffragetur partem restituere rogato, quam totum assem. Respondentibus autem hoc obtinere in eo, qui tantum partem illam accepit, reliquo in cohæredes distributo, reponit filium ex providentia legis, non ex judicio patris, legitima potiri: ea vero demum in quadrantem Trebellianum imputari, quæ ex testamento obtinentur. At, inquam, si illud argumentum vim ullam haberet, etiam jam olim valere debuit. Deinde facile probatu est in casu proposito legitimam ex testamento, jure hæreditario ad filium pervenire: quoniam in casu filii instituti legitima hæreditatis pars est, quæ non absorbetur fideicommisso; quippe quod intra bessem consistit, ut ipse fatetur Fachinæus: & præsumendum est testatorem voluntatem suam submisisse auctoritati juris. Et quid quod alioqui filius vi ipsa à tota hæreditate videbitur exclusus, quod nescio an quisquam adhuc dixerit. Non movet, quod dos filiæ hæreditatem restituere rogatæ non imputetur, quoniam non est in hæreditate patris, ut respondet Papinianus in *l. pater filiam* 14. *ff. ad leg. Falcid.*

Quod alterum membrum nostræ quæstionis attinet, lippis & tonsoribus notum est, jus illud duplicis detractionis, legitimæ scilicet & Trebellianicæ, jure Canonico liberis universali fideicommisso gravatis concessum in foro & judiciis ubique receptum esse. Cæterum hæc adhuc incerta sunt. 1. Utrum illud jus tantum obtinere debeat in liberis primi gradus, an vero & in liberis graduum inferiorum. 2. An id obtineat in liberis fideicommisso puro gravatis, quod statim restituendum est: an vero in gravatis fideicommisso conditionali aut in diem dumtaxat. 3. An etiam obtineat, quando legitima liberorum excedit trientem. Quantum attinet ad primum dubium, Ant. Gailius, *lib.* 2. *obs.* 133. *num.* 4. jus duplicis detractionis; tanquam ex communi opinione, restringendum putat ad liberos primi gradus, motus argumento *l. jubemus* 6. *C. ad senat. Trebell.* ubi Zeno liberis primi gradus, filiis aut filiabus hæredibus institutis & hæreditatem restituere rogatis hoc beneficium concedit, ut cogantur fructus perceptos imputare in quartam Trebellianı; quod ad nepotes aut ulteriores ab avo vel proavo institutos & similiter gravatos non pertineat: quam sententiam etiam probasse videtur supremus Hollandiæ senatus *decis.* 9. expresse eam probavit *Curia Fris. apud* Joan. à Sande *lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 6. & senatus Sabaudiæ. Ant. Fab. *C. forens. lib.* 6. *tit.* 27. *defin.* 4. Cæterum etsi vera quidem est hæc sententia in nepotibus, quibus non debetur legitima, sive quos pater, ex quo nati sunt, præcedit, & efficit, ne avo sint gradu proximi: nulla tamen profecto ratio est, cur non idem jus quod filio competit, summoto filio concedatur nepoti, qui jam proximum ab avo, & primum in suo ordine gradum obtinet, idemque plane juris in bonis avi habet quod pater, in cujus locum successit, habiturus fuisset, si vixisset, in bonis patris sui, idque jure utroq; & Canonico & Civili. Atque omnino eodem quoque modo accipienda

da & temperanda est illa modo memorata Zenonis constitutio. Pet. de Bellapert. *in d. l. jubemus*, & plures alii allegati apud Sande *d. loc. defin.* 6. Grav. 2. *concl.* 121. *n.* 6. & ita censuit Curia Hollandiæ *decis.* 17. *sub fin.*

Secundum dubium peperit doctrina Glossæ in *l.* 8. §. *meminisse* 14. *ff. de inoff. test.* distinguentis inter fideicommissum purum, quod illico restituendum est, & conditionale vel in diem, quod non statim in restitutionem venit; nempe priore casu filium unum tantum quadrantem, sive legitimum, sive Trebellianum deducere; posteriore utrumque, legitimum statim, ut natura sibi debitum, Trebellianum, ut quemlibet extraneum ex auctoritate senatusconsulti: quam distinctionem Bartolus in *l. quanquam* 10. *C. ad reg. Falc.* & *DD. comm. in l.* 6. *C. ad sen. Trebell.* secuti sunt, ut & Covar. *in d. c. Raynutius* Gail. 2. *obs.* 121. & senatus Sabaudiæ apud Ant. Fab. *Cod. suo for. de codicil. defin.* 7. Rationem hanc afferunt, quod duæ deductiones eodem tempore concurrere nequeunt, & ideo cum fideicommissum purum est, una alterum impediat: cui & hanc addit Ant. Faber, non tamen ex sua, sed ex senatus Sabaudici sententia, quod eo casu dici non possit, utra prior deduci debeat. Ac cum sub conditione vel in diem filius gravatus est, statim filius deducit legitimam: sed demum existente conditione, aut veniente die, deducit Trebellianicam, non ut filius, sed ut quilibet hæres extraneus hæreditatem alteri restituere rogatus. Ego vero sæpe miratus sum hanc distinctionem cuiquam probare potuisse: quippe quæ nulla auctoritate, & ratione tam futili nitatur. Quin potius ex contrario filio rogato pure hæreditatem restituere duplex permittenda detractio, quia durius gravatur, quam rogato sub conditione aut in diem, qui interim commodum hæreditatis sentit, nec fructus perceptos quadranti senatusconsulti imputat, *l.* 6. *C. ad senat. Trebell.* Quamobrem recte consilium Mechliniense in arresto revisionis, rejecta illa Glossæ & Bartoli distinctione, censuit, liberos non minus pure, quam sub conditione aut in diem hæreditatem restituere rogatos utrumque commodum deducere posse justa *dd. cc. Raynutius* & *Raynaldus* in quam sententiam extat & arrestum præfecturæ Pr. ensis apud And. Robertum *lib.* 4. *rer. jud. c.* 17. eamque & Curia Hollandiæ secuta est *decis.* 17. & Curia Frisiæ, apud Sande *lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 4. De tertio quid statuendum sit, adhuc minus liquet. Equidem Baldus *lib.* 2. *cons.* 94. ex facto consultus respondit, ubi legitima portio pro numero liberorum est semis, non duplicem portionem sed unam tantum, nempe legitimam detrahi, adjecta hac ratione, ne plus ex hæreditate capiat, qui eam restituere jussus est, quam, is, cui ea est restituenda, plus is qui gravatus est, quam qui honoratus. Baldum secutus est Decius *consil.* 228. *sub. fin.* item Covar. *in d. c. Raynutius* §. 11. *n.* 6. ubi ait & Molinæum huic sententiæ subscribere *lib.* 7. *cons.* 3. Sed & usu ita servari videtur innuere Anton. Faber *error. pragm. dec.* 11. *c.* 9. ubi asserit pragmaticos, sive legitima sit triens, sive semis pro numero liberorum, semper ita statuere, ut si quis ex liberis portionem, quam ab intestato habiturus esset, jussus sit restituere, hæreditas æquis partibus inter hæredem gravatum & fideicommissarium dividi debeat. Atque ita quoque supremum apud nos senatum aliquando judicasse accepi. Alii tamen contra statuunt, nempe liberos gravatos, quo casu legitima eorum semis est, deducere posse septuncem cum semuncia. Cravett. *cons.* 54. Cagnol. *ad l. Papin.* 8. §. *meminisse* 14. *ff. de inoff. test.* Thessaur. *decis. Pedemont.* 252. Joan. à Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 7. *decis.* 7. Fachin. *lib.* 5. *contr. cap.* 3. ubi & hanc sententiam communem asserit; uti & Grav. *d. concl.* 121. *consid.* 1. *n.* 2. & 3. qui etiam plures allegat. Atque eo quoque inclinare videtur Christin. *vol.* 1. *decis.* 145. *n.* 7. & *decis.* 315. *in fin.* quanquam nihil definit. Et posterior hæc sententia probabilior est: si verba sive rationem constitutionis Pontificiæ in *d. l. Raynutius* consideremus. Nam & sine ulla restrictione numeri liberorum gravatis duplicem detractionem concedit, legitimæ & Trebellianicæ: & ideo concedit, quia altera illis ut liberis debetur, alteram etiam quilibet extraneus restitutione gravatus deducit. Nec magis absurdum est, v. c. quinque liberos nomine legitimæ plus detrahere, quam quatuor aut pauciores, quam absurdum est iis nomine legitimæ plus deberi; nec quinque liberos simul paulo plus, pro favore tam copiosæ sobolis, ex bonis parentum consequi, quam extraneum forte unum, cui restituenda hæreditas. Sunt, qui & ad parentes id jus producunt, ut & ipsis hæreditatem rogatis restituere, duas quartas detrahere liceat. Vid. Vasq. *tom.* 2. *de success. progress. lib.* 3. §. 21. *num.* 36. Grav. *d. concl.* 121. *consid.* 2. *n.* 6. sed cur igitur non etiam ad fratres idem producunt rogatos hæreditatem restituere turpi personæ: nam & illi exhæredati aut præteriti hoc casu de inofficioso agere possunt? Vid. Cravett. *cons.* 10.

CA-

CAPUT XXIX.

Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in stirpes, an in capita succedant?

QUæstio hæc à multis tractata est; sed nescio an ab ullo ita, ut nihil amplius desideres, & qui scrupulum omnem penitus exemerit. Jure veteri certum est fratrum filios in capita non in stirpes succeßisse, *l. 2. §. 2. de suis & leg. hær.* nec de hoc jure quicquam mutatum constitutionibus posteriorum Imperatorum, ac ne Justiniani quidem in Codice *l. pen. & l. ult. §. 3. C. de legit. hæred. §. hoc etiam 4. Inst de leg. agn.* Nec mirum, quia & nunquam jure repræsentationis veniebant, ut cum thiis suis concurrent, aut patruos excluderent defuncti, ejusve fratres licet ex uno parente dumtaxat conjunctos, nisi prærogariva agnationis: non enim cognatis, sed agnatis proximis lege ferebatur hæreditas, *l. 2. §. legitima 4. ff. de suis & legit. hæred. §. 1. Inst. de leg. agn. suc.* quam agnationis prærogativam demum penitus sustulit Justinianus *Nov. 118. c. 4.* unde sumptæ authenticæ, quas Irnerius *tit. C. de legit. hær.* inseruit. Eadem autem Justiniani constitutio causam dedit quæstioni, quam hoc loco tractandam suscepimus. Sic igitur ille in *c. 3. d. Nov. 118.* tertium succedentium ab intestato ordinem, id est, lateralium, sublato veteri agnationis & cognationis discrimine, disponit.

Primum in hac succeßione locum obtinere vult fratres sororesque germanos sive ex utroque latere conjunctos, cum quibus tamen admittit & fratrum eorum defunctorum filios jure repræsentationis, ut tantum partem ferant, quantam pater eorum habiturus fuisset, quamvis soli sint, eos tamen vult præferri defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis; quemadmodum pater eorum, si vixisset, non tantum thios defuncti, sed etiam eosdem defuncti fratres tam consanguineos, quam uterinos vi ejusdem constitutionis exclusisset. Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres consanguinei idem jus habent, quod germani, & ad patruos æque ut ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet, nec non ad avunculos æque ac ad filios sororum honoraria, *l. 1. §. antepen. & pen. l. 2. §. 4. de suis & leg. hær. l. 1. §. pen. ff. unde cogn.* Post fratres germanos eorumque demortuorum filios ad hæreditatem vocat fratres defuncti ex altero tantum parente conjunctos, consanguineos & uterinos, unaque cum his eorum præmortuorum filios in stirpes. Quod si neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, tunc admittit collaterales cæteros, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione junctos. Quo autem quisque proximior est, ita alterum vult excludere: & si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam ercisci. Hinc, inquam, nata est proposita quæstio. Utrum fratrum filii, quando soli sunt, seu quando non concurrunt cum thiis suis, id est, patruis aut avunculis, in stirpes succedere debeant, ut si unus è fratribus filios pauciores, unum forte aut duos; alter plures, quatuor puta aut quinque reliquerit, hi quatuor aut quinque non majorem partem consequantur, quam ille unus aut duo; an vero capita, ut in tot partes hæreditas dividatur, quot sunt personæ succedentium? Azo censuit eos in capita succedere; Accursius in stirpes. Azonis sententia vi ipsa unico tantum defenditur argumento, nempe quod ea & juri veteri, & posterioribus quoque constitutionibus consentanea sit, nec ostendi posSit Justinianum quicquam in casu proposito innovasse. Accursius eumque secuti prius fatentur, posterius negant & in hac quoque parte jus vetus à Justiniano mutatum contendunt, moti variis rationibus. Sic enim illi primo argumentantur. Qui jure repræsenrationis succedunt, non aliter succedere possunt, quam in stirpes, cum non amplius capere poßint, quam is, cujus personam repræsentant, accepturus fuissent, *§. cum filius 6. Inst. de hæred. quæ ab intest.* At filii fratrum succedunt jure repræsentationis. Ergo, &c. Qui partes Azonis tuentur, respondent falsam esse istius argumenti assumptionem, si in sensu diviso, quod hic quæritur, accipiatur, id est, quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianum in *d. cap. 3. Nov. 118.* eo tantum casu filios fratrum jure repræsentationis succedere velle, quando concurrunt cum thiis suis, quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non poßint, quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, ne his injuria fieri videatur, jus repræsentationis introducendum fuisse ut in patris sui locum succederent atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non sit, cum soli reperiuntur, & propria ex persona succedere queant. Neque enim generaliter voluisse Justinianum, ut semper esset repræsentationi locus filiis fratrum succedentibus vel ex eo liquere, quod non statim idem jus constituit, cum fratres succedunt una cum parentibus quod fecit demum. *Nov. 127.*

Secundo proferunt Accursiani exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succe-

 de-

dere, five fuccedant cum patruis fuis, five foli quafi poft conftitutionem Juftiniani eadem plane fit ratio filiorum fratrum, quæ nepotum & olim fuit & nunc eft. Sed bene refpondent fectatores Azonis, duas hafce fpecies certo jure diftinctas effe. In linea recta defcendentium nunquam proximitatem fpectari, *§. cum filius & §.ult.Inft. de her. ab inteft.* in linea tranfverfa perpetuo & folam, *Inft. de leg. agn. fucc. in pr. & pr. Inft. de fucc. cogn. l. 3. C. de leg. her.* unde unum tantum illud cafum, nempe cum fratrum filii cum thiis fuis concurrunt, exceperit Juftinianus. Denique & hoc vel maxime Accurfius urget, quod fratrum filii excludunt defuncti patruos, & avunculos, qui eodem gradu funt, *d.c. 3. verf. quandoquidem.* Cui argumento refpondetur, quod etiam excludunt fratres ex uno tantum latere conjunctos, qui uno gradu funt proximiores: nec tamen inde fequatur eos hoc cafu fuccedere jure repræfentationis, non magis quam fi quis dicat, filius & filia excludunt patrem & matrem, qui eodem gradu funt, ergo fuccedunt jure repræfentationis, aut frater ex utroque parente defuncto conjunctus præfertur fratri ex altero dumtaxat conjuncto, qui tamen eodem gradu eft; ergo jure repræfentationis fuccedit. Concludit igitur Azo fieri poffe, ut aliqui pari gradu conftituti jure proximitatis foli fuccedant, exclufis iis qui eodem gradu, aut etiam proximiore funt, fi illorum jus fit potius, ficut ex conftitutione Juftiniani potius eft jus filiorum fratris, tanquam defcendentium, quam patruorum, qui inftar funt afcendentium, & jus fratrum germanorum, eorumque filiorum, propter duplex vinculum, quam confanguineorum tantum aut uterinorum. Hotom. *illuft. q. c. 14.* Zaf. *lib. 1. intellect. fing. c. 7.*

Atque hæc quidem ita pro defenfione Azonis fententiæ, cui & ipfe alibi acquiefco, non improbabiliter difputari videntur, fed vereor, ne non fatis ex mente & fententia Juftiniani. Sane verbis *d. Nov. 118. c. 3.* Azonis opinio minus convenit. Poftquam enim Juftinianus fratrum germanorum filios una cum fratribus germanis ad fucceffionem defuncti admififfet jure repræfentationis, ut fcilicet locum patris fui obtinerent, & tantum confequerentur, quantum pater eorum habiturus fuiffet, mox fubjicit, ὅθεν ἀκόλουθόν ἐστι, unde confequens eft, ut iftorum fratrum filii fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis præponendi fint. Ex quo vero? ex eo nempe quod eos venire voluit ex perfona patris fui. Huic enim confequens eft, ut fratribus defuncti confanguineis tantum aut uterinis præferantur, ficut pater eorum, fi viveret, iifdem proponeretur, ut ipfe Imperator ibidem ait. At inde, inquam ego, & hoc confequens eft, & fententiæ Juftiniani conveniens, ut etfi defunctus nullos fratres germanos reliquit, fed horum filios dumtaxat, fratrefque uterinos aut confanguineos, ifti fratrum germanorum filii hofce thios fuos excludant non proprio aut proximitatis jure, fed repræfentationis: ac proinde non in capita, fed in ftirpes hæreditatem dividere debeant. Præterea in *cap. 3. verf. quando quidem igitur,* ait Juftinianus ex eo quod filiis fratrum tam ex uno quam ex utroque latere conjunctorum talem prærogativam, τοῦτο προνόμιον dedit, manifeftum effe eos etiam thiis defuncti præponendos effe, quamvis gradu paribus: unde iterum liquet, eos ne hoc quidem cafu ex fua perfona, quia funt proximiores, thiis defuncti anteponi, fed ex perfona patris fui, quem repræfentant, & cujus locum fubeunt? ac proinde etiam hoc cafu non in capita, fed in ftirpes ex fententia Juftiniani eos fuccedere neceffe eft. Etenim omnino hic confiderandum eft, quod Juftinianus, ut apparet ex tenore totius iftius *c. 13. Nov. 118.* jus repræfentationis introduxit, non ad hoc folum, ut filii fratrum poffent concurrere & fimul cum fratribus defuncti, a quibus alioqui jure proximitatis excluderentur, fuccedere; verum etiam ad excludendos alios, qui alioqui cum iis concurrerent, thios nimirum defuncti, qui pari funt gradu, & alias obftarent, quominus illi foli jure proximitatis admitterentur. In fratrum autem germanorum filiis idem jus introductum, etiam ad excludendos eos, à quibus ipfi alioqui jure proximitatis excluderentur, fratres fcilicet defuncti confanguineos & uterinos. Hujus enim rei non alia ratio reddi poteft, quàm quod filii fratrum, citra hanc repræfentationis inductionem, neque cum fratribus defuncti concurrere, neque thios ejufdem excludere poffunt: multoque minus fratrum, licet germanorum, filii fratres defuncti confanguineos aut uterinos; quippe qui uno gradu funt proximiores. Nec verum eft, quod contrariæ fententiæ auctores ajunt, fratrum germanorum filios ideo præponi fratribus defuncti ex uno tantum parente conjunctos, quia propter duplex vinculum proximiores habentur: fed illud verum eft, propter duplex illud vinculum hoc beneficium iis datum effe, ut vicem patrum fuorum fuftineant, & jure repræfentationis, quamvis uno gradu fint remotiores, tales thios fuos excludant. Similiter & illud, quod ajunt, fucceffiones facilius defcendere, quam adfcendere, fi juris noftri rationem

nem ſpectes, falſum eſt in linea traſverſa : neque hanc novi juris à ſe conſtituti rationem affert Juſtinianus ; ſed aliam , nempe quod voluit fratrum filios in locum patris ſui ſuccedere : quod etiam bene obſervavit Bachovius ad Treutl. *vol.* 2. *disput.* 16. *theſ.* 5. & Ant. Faber *in diſp. forenſ.* quam ſubjecit libello *de var. nummar. debitor. ſolut.* Quamobrem ex ſententia Juſtiniani fit omnino ſtatuendum videtur, fratrum filios , ſive cum iis, à quibus alias excluderentur , concurrant , ſive vocentur ad excluſionem aliorum , qui alias cum iis concurrerent, aut eos ipſos excluderent, non alio jure ad hæreditatem admitti , quam repræſentationis , nec in capita, ſed in ſtirpes ſuccedere. Quid vero, ſi defunctus nullos fratres aut thios reliquerit , ſed fratrum filios dumtaxat : Hic facile admittam in capita eos ſuccedere debere : quippe cum hic ex propria perſona venire poſſint ; ac proinde non indigeant privilegio. Eſt enim jus repræſentationis fictio quædam , quæ nunquam inducitur , niſi ex neceſſitate : quanquam ne hoc quidem concedant Ant. Faber & Bachovius. Et igitur , ſi iſto, quem dixi, ſenſu quæſtio propoſita , utrum fratrum filii , quando ſoli ſunt, in capita , an in ſtirpes ſuccedant , accipiatur , haud gravate Azonis ſententiæ ſubſcribam : cum utique circa hunc caſum à Juſtiniano quicquam mutatum eſſe doceri non poſsit. Atque hæc Cujacii quoque ſententia eſt *parat. C. de legit. hæred.* ubi negat exceptis tribus illis , quos diximus caſibus, in linea collaterali repræſentationi locum eſſe; item Fachinæi *lib.* 6. *controv. cap.* 3. & Bronchorſtii *cent.* 3. *aſſert.* 69. quæ etiam probata Senatui Sabaudiæ , teſte Ant. Fab. *Cod. ſuo forenſ. de legit. hæred. defin.* 1. Et eodem modo forte explicanda & limitanda conſtitutio Caroli Quinti , qua Azonis ſententiam in comitiis Spirenſibus confirmavit anno 1529. quod & Mynſingero viſum arguunt, quæ ſcribit *cent.* 3. *obſ.* 94. Poſtquam hæc ſcripſeram, animadverti , & hanc Græcorum eſſe ſententiam ex Harmen. *lib.* 5. *tit.* 8. *num.* 21. ubi ſcribit : Si defuncto fratres non ſuperſunt , ſed filii fratrum dumtaxat, præmortuis duobus aut tribus fratribus *κατὰ πρόσωπον καὶ κεφαλὴν αὐτῶν δέχεται ἡ κληρονομία· τουτέστιν, ὅσοι εἰσὶν, ἐξ ἴσου εἰς τὴν μίαν καλοῦνται*, per capita & in ſingulas eorum perſonas hæreditas diſtribuitur , id eſt , quotquot ſunt , ex æquis portionibus ad hæreditatem vocantur. Quo jure in propoſito noſtrates utantur , cognoſci poterit ex *Ordin. polit.* & *Placit. de ſucceſſ. ab inteſtato.* Grot. *lib.* 2. *introduct. c.* 28. Nobis in hiſce quæſtionibus propoſitum non fuit iudicere ſemper, quid juris in quaque re legibus aut moribus noſtris obſervetur: & hoc forte aliis tædium afferret.

CAPUT XXX.

An in ſucceſſione fratrum conſanguineorum & uterinorum , diſcretio bonorum obſervanda ? Et obiter , an obſervanda in ſucceſſione aſcendentium.

Deficientibus inteſtato mortui liberis & parentibus , itemque fratribus ex utroque parente conjunctis , eorumque filiis, Juſtinianus ad hæreditatem ejus vocat fratres ex uno tantum latere junctos , conſanguineos & uterinos. *Nov.* 118. *cap.* 2. & 3. qua conſtitutione ex parte quidem confirmat ea , quæ antea tum á Leone & Anthemio *l.* 4. *C. de bon. quæ lib. in pot.* tum ab eo ipſo *l. ult. C. de ſucceſſ. Nov.* 84. *ca.* 1. §. 2. ſancita ſunt circa prærogativam eorum, qui duplici vinculo defuncto nexi ; ſed ex parte etiam , & quidem maxima, mutat , admiſsis ſimul cum his , & primo quidem loco , parentibus defuncti proximis , quos antea excludebant; & ita admiſsis, ut, illi quoque excludant fratres defuncti conſanguineos & uterinos , à quibus ipſi antea excludebantur. Quæſitum autem eſt, utrum hi fratres defuncti conſanguinei & uterini æqualiter in omnia bona defuncti fratris ex illa conſtitutione Juſtiniani ſuccedant? an ita, ut conſanguinei bona paterna, uterini bona materna conſequantur, ſola autem aliunde quæſita æqualiter inter eos dividantur ? Communis ſententia eſt, in hac ſucceſsione bona à patre profecta ad fratres conſanguineos , à matre profecta ad ſolos uterinos pervenire. Gomez *ad leg.* Taur. 8. *n.* 8. Graſſ. §. *ſucceſſio ab inteſtato quæſt.* 32. Forſter. *lib.* 8. *de ſucc. ab int. ca.* 8. unde illud , quo nihil vulgarius , paterna paternis, materna maternis deferri : quam ſententiam etiam amplexi ſunt Cujacius in *expoſ. Nov.* 84. Don. *lib.* 9. *comm.* 4. Gudelin. 2. *de jur. noviſ.* 15. Fundant autem hanc ſententiam in *l. de emancipatis* 13. §. 2. *C. de leg. hæred.* Et ſane negari non poteſt, quin Juſtinianus illic fratres omnes ad ſucceſsionem fratris emancipati vocans excipiat bona materna , in quæ eos ſolos ſuccedere vult , qui ſunt ex eadem matre. Nam de ſolis fratribus germanis , ceu vult Fachin. *lib.* 6. *contr. c.* 5. id accipi conſuetudo loquendi non patitur: nec argumentum ex hoc loco ductum diluitur ſi dicamus illic agi de caſu patris adhuc ſuperſtitis, quo propter uſumfructum , quem pater habet, evidentior eſt bonorum diſtinctio. Illud enim nihilominus manet

net, ad bona à matre profecta solos ex illa constitutione vocari, qui sunt ex eadem matre, exclusis fratribus consanguineis, quod Novella Justiniani lege 118. c. 3. negant esse mutatum. Sed videamus, an hoc, quod dicunt, verum sit. Equidem decisio hujus quæstionis non ex legibus Codicis sed ex novissima illa Justiniani constitutione petenda est. Et nos contra intrepide asserimus etiam id, quod à Justiniano in *d. l. de emancipatis*, §. 2. *C. de legit. hæred.* Constitutum est, per *d. Nov.* 118. *c.* 3. esse abrogatum. Nusquam magis variant leges & constitutiones præsertim posteriorum Principum, quam citra jura successíon. ab intestato, nec tantum circa ordinem descendentium, verum etiam ascendentium & lateralium, uti videre est *Inst. de hæred. quæ ab int. def. item de leg. agn. success. de Senat. Tertull. & Orfic. & C. eod. l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de success. l.* 13. *& ll. seqq. C. de legit. hæred. Nov.* 84. *c.* 1. *&* 2. *&c.* Justinianus autem omnia illa priora jura circa hæreditates intestatorum, & suas quoque ipsius constitutiones jussit cessare; ἀργεῖν, *d. Nov.* 118. *in pr.* eaque sola pro jure in posterum servari, quæ illic tandem de novo constituit. Relinquitur igitur, ut & ex eadem Novella quæstio proposita decidatur. Quid igitur illic constituit Justinianus: Primo, deficientibus defuncti liberis & parentibus, jubet fratres & sorores utrinque conjunctos, eorumque demortuorum filios per repræsentationem succedere in universa bona defuncti fratris. Post hos secundo loco vocat fratres ex uno tantùm parente conjunctos, sive per patrem, sive per matrem, & simpliciter item, ac sine ulla bonorum distinctione. Hac igitur constitutione abrogatur *l. ult. C. comm. de success. Novell.* 84. §. 1. *&* 2. *cum simil.* quippe cum illic parentes excludantur non tantùm à fratribus defuncti ex eodem matrimonio procreatis, sed etiam progenitis ex alio: hic autem illi cum parentibus admittantur dumtaxat, hi etiam à parentibus excludantur, & demum post parentes, quos antea excludebant, & post fratres germanos, in quo solo nihil mutatur de illarum constitutionum priorum jure, vocentur: & denique demum post fratrum germanorum filios, quibus ipsi ante hanc Justiniani Novellam præferebantur: In *l. de emancipatis*, §. 2. *C. de legit. hæred.* quæ posterior est *d. l. ult. C. comm. de success.* non tractatur simpliciter talis casus, quo fratres sibi invicem succedunt, verum quo succedunt fratri emancipato, concurrente patre defuncti quoad usumfructum: hoc casu, si emancipatus reliquerit bona materna, in ea solos eos succedere vult Justinianus, qui sunt ex eadem matre; cætera bona defuncti in totam fraternitatem cedere: cætera, inquam, præter materna, ac proinde tam ea, quæ à patre forte profecta, quàm quæ aliunde: & cedere, inquam, tam iis, qui ex alio atque alio matrimonio procreati sunt, quàm qui ex eodem: nam sub tota fraternitate comprehenduntur utique, & consanguinei & uterini. Quo colore igitur Interpretes ex hoc loco illud suum, paterna paternis, materna maternis, elicere potuerunt? Sed & illud ipsum, quod circa eam speciem Justinianus ibi constituit, postea ab eo sublatum esse satis evidenter arguit *d. Nov.* 118. *cap.* 2. *&* 3. *in pr.* ubi cum post descendentes statim vocasset adscendentes defuncti proximos, & cum his simul ad hæreditatem admisisset fratres defuncti ex utroque latere junctos, mox deficientibus descendentibus & adscendentibus ex lateralibus primo loco vocat eosdem defuncti fratres germanos, ubi nulla bonorum distinctio est; & post hos secundo loco fratres ex uno dumtaxat parente conjunctos, sive per patrem solum, sive per matrem. Ex eo autem, quod post fratres utrinque conjunctos simpliciter & jure proximitatis, vocantur ex uno tantùm latere juncti, consanguinei cum uterinis, rectè colligitur eos etiam similiter, ut illos, æqualiter in omnia bona defuncti fratris succedere debere, nec plus juris relinqui uterinis in bonis defuncti maternis, quàm ejusdem fratribus consanguineis; aut plus his, quàm illis, in bonis profectis à patre. Atque hoc etiam efficit vera juris ratio, secundum quam successio fit in universa defuncti bona, pariterque ad successionem vocati æqualiter defunctum repræsentant. Quando autem bona, licet à diversis parentibus profecta, semel alicui obvenerunt, ut nunc fiunt & simplex ejusdem patrimonium insuper habita causa acquisitionis. Quod si bonorum origo & causa attenderetur, consequens & rationis esset, ut etiam consanguinei cum fratribus utrinque conjunctis eorumque filiis admitterentur ad bona paterna: item ut in bonis maternis eodem modo cum fratribus germanis eorumque filiis concurrerent uterini. Denique ut si tantùm sint bona paterna, nulla materna, uterinus à consanguineo excluderetur: & ex adverso, si nulla paterna, consanguineus ab uterino: quippe in bonis, quæ ab uno latere provenerunt, si causam acquisitionis & originem bonorum, non ipsum jus successionis, & propinquitatem succedentium consideremus, nihil operari potest duplicitas vinculi. Et ita in feudis consanguineum, ab utrinque conjuncto non excludi constat. Ita

ex

ex veteribus Fulgosius & Corneus in *auth. itaque, C. comm. de success.* ex recentioribus Petrus Barbosa ad *l. post dotem* 41. *num.* 2. *seqq. num.* 71. *ff. solut. matrim.* Andr. Fachinæus *lib.* 6. *contr. c.* 5. Bachovius ad *Treutl. vol.* 2. *disp.* 16. *thes.* 4. Iisdem rationibus evincitur, nec in successione adscendentium ullam bonorum discretionem faciendam esse, sed ascendentes quoque diversæ lineæ, qui pares gradu sunt, æqualiter succedere in bonis defunctorum liberorum undecunque profectis, non inspecta scilicet causa acquirendi: sed sola persona ejus cui succeditur, ut rectè post veteres allegatos à Mynsingero *lib.* 6. *obs.* 55. *n.* 3. Barbosa *d. loc. n.* 67. & Fachin. *d. lib.* 6. *c.* 4. docent: & consentiunt Forster. *lib.* 7. *c.* 4. *n.* 2. Graff. §. *successio ab intestato, quæst.* 22. *num.* 5. quod mirum est, cum in quæstione modo tractata & huic plane simili à nobis dissentiant: sed hoc & ab aliis factum est. Frustra autem hic objicitur *l.* 3. *C. de bon. quæ lib.* quippe ubi hoc tantùm statuitur, ne nepoti defuncto sine liberis in proprietate succedat pater, avus usumfructum habeat, avus sc. paternus, non maternus. Hæc porro sententia meruit & assensum Cameræ Imperialis testibus Mynsing. *ubi supra, &* Hart. Hartm. *pract. tit.* 42. *obs.* 3. & Senatus Sabaudici, teste Anton. Fabro *Cod. suo for. lib.* 6. *tit.* 33. *defin.* 2.

CAPUT XXXI.

An justa sit causa revocandæ donationis, si donator post factam donationem liberos susceperit?

MOrtis causa donatio temere, hoc est, pro arbitrio donatoris, seu ex pœnitudine revocari potest, §. 1. *Inst. de donat. l. mortis* 16. *l. qui mortis* 30. *ff. de mort. caus. donat.* Mera autem & simplex donatio natura sua irrevocabilis est. Quod verò hanc etiam aliquando revocare licet, id fit ex accidenti & facto donatarii, pro beneficio injuriam rependentis, non ex intentione donantis: utpote, qui sic donat, ut nullo casu possit ad se reverti, *l.* 1. *ff. de donat. l. ubi ita* 27. *ff. de mort. caus. donat.* quanquam tamen, si præscivisset donator donatarium ingratum fore, proculdubio beneficio abstinuisset: unde ortum est etiam in hisce donationibus jus revocandi. Nec tamen ob quamlibet ingratitudinem donatarii revocatio permissa, sed ob insignem dumtaxat, & talem, quæ sceleri affinis sit aut conjuncta nempe, si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; si illi impias intulerit manus; si vitæ ejus insidietur; si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris ingesserit; si conditiones donationi appositas implere nolit. Ob has enim causas dumtaxat donationem revocari permisit Justin. in *l. ult. C. de revoc. don.* Additur tamen à DD. & alia causa revocandæ donationis, videlicet si donator, tempore donationis ἄπαις illiberis, post donationem factam liberos susceperit, *arg. l. si unquam* 8. *C. de revoc. donat.* Quamvis enim ista constitutio tantùm loquatur de patrono donatore, & libetto donatario: putant tamen quorumcunque donationes eodem illo jute censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur hoc potissimum argumento quod quotiens ratio legis generalis est, totiens quoque ipsa legis dispositio generalis esse intelligitur: & assumunt pro vero generalem esse juris, quod in *d. l.* 8. *C. de revoc. don.* constituitur, rationem, nec magis ad donationem libetto, quam cuilibet extraneo factam pertinere: rationem autem hanc esse, quod nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere voluisse, *arg. l. cum avus* 102. *ff. de cond. & demonstr. l. cum acutissimi* 30. *C. de fideicommiss.* Unde porro eliciunt donationem factam ab eo, qui liberos non habent, in se continere tacitam conditionem, ut si liberi ei postea nati fuerint, donatum ad se revertatur, quippe quem si de liberis cogitasset, donaturum non fuisse credi oporteat, Gomez. *lib.* 2. *var. resol. cap.* 4. *n.* 11. Clar. §. *donatio, quæst.* 22. Cujac. *lib.* 20. *obs.* 5. Mynf. *lib.* 5. *obs.* 63. *& seq. late* Tiraq. *in d. l.* 8. *C. de rev. don.* Tuld. in *Cod. de rev. don. n.* 3. Fachin. *lib.* 3. *cont. c.* 85. quo jure & nos uti scribit Grot. *lib.* 3. *introd. c.* adde Christ. *volum.* 4. *decis.* 192. Timæ Fab. *disp. anniv.* 17. *thes.* 4. Sed proculdubio in puncto juris verior est sententia eorum, qui asserunt in solo patrono donatore & liberto donatario hanc revocandæ donationis speciem locum habere. Cur enim Imperatores, si idem in quibuslibet donatoribus & donatariis obtinere voluissent, patroni tantùm, & non liberti mentionem faciunt? An quia ad consultationem partis rescribunt, quia fortè ex facto inciderat, ut de donatione à patrono facta quæreretur? Atqui hanc suam constitutionem non dirigunt ad consultorem aliquem, sed ad præfectum prætorio in forma edicti perpetui, hunc in modum: *Si unquam libertis patronus filios non habens, &c.* Quod si in quolibet donatore idem obtinere voluissent, uno saltem verbo id indicassent, aut utique ita scripsissent: *Si quis liberos non habens alicui bona omnia vel partem donaverit, &c.* Itaque constitutio hæc, quæ singulare jus continet, *l. sicut* 5. *C. de oblig. & act.* & con-

contra regulam de donationibus semel perfectis non revocandis exceptionem inducit, extra terminos non est extendenda. Multa in liberto sunt singularia, quæ constat ad alios trahi non posse: quippe qui propter inæstimabile libertatis beneficium nihil non patrono debet, non modo honorem omnem & reverentiam, sed etiam obsequia & operas, *ff. de obseq. par. & patr. præst. & ff. de op. libert.* qui patronum egentem liberosque patroni de suo alere tenetur, *l. si quis 5. §. solent 12. ff. de agnoscen. & alend. lib.* qui moriens certis conditionibus bona sua patrono debet relinquere, & cujus intestati bona certis item conditionibus ad patronum liberosque ejus redeunt. *Inst. de success. libert.* quem eamdem ob causam etiam multa æquo animo ferre oportet, quæ licet cum incommodo ejus, favore patroni constituta sunt, §. 1. *Inst. qui & ex quib. caus. man.* §. 1. *Instit. de hæred. qual.* & iniquum esset constitui in aliis. Unde etiam est, quod vel neglectus obsequi in liberto donatario sufficiens causa sit donationis in eum à patrono collatæ revocandæ, *l. 1. C. de revoc. donat.* Cum itaque qualitas ipsa personæ donatoris & donatarii sit præcipua causa hujus revocationis, non soli aut per se liberi à donatore postea suscepti, quis non videt propter eandem conditionem personæ in liberto donatario dumtaxat hanc præsumptionem valere Principes voluisse, ut eadem mente ille, eademque lege accipere intelligeretur, qua patronus pro affectu donare, nimirum ut natis postea patrono liberis donata reddat: in aliis verò valere jus commune, quo propositum in mente retentum nihil operatur. Nam quoties lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum est legem ad alias personas non pertinere, *l. si verò 64. §. pen, ff. solut. matrim. l. quod constitutum 21. ff. de testam. mil.* Et illud utique palam est, jure communi non sufficere ad revocationem donationis, quod forte in unius animo aliquid præsumatur, cum utriusque consensu perficiatur donatio, nec nobis liceat citra legum auctoritatem tacitas fingere conventiones, cui conjecturas sectari, ubi verba legis aperta sunt ac clara, & sensum minimè absurdum habent. Perperam verò ad præsentem casum trahitur, quod pro ratione decisionis in specie dispositionis ultimæ proposita in *l. cum acutissimi 30. C. de fideicommiss. d.* affert Justinianus, neminem scilicet præsumi alienas successiones propriis anteferre. Nam decisio *l. cum acutissimi,* tantùm locum habet in testatore fideicommisso gravante unum ex progenie sua, cujus porro posteri & ipsi sint in familia testatoris, quod quomodo ad nostrum casum, ubi aliquis liberos non habens in extraneum absolutè & perfectè donationem contulit, applicari queat, non video. Et alioqui pari ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda esset ei, qui cum forte unum dumtaxat filium haberet, partem facultatum alicui donavit, & postea eo mortuo, aut vivo adhuc plures liberos suscepit. Cui adde, quod dispositiones ultimæ ex solius testatoris mente interpretationem accipiunt, & pro ejus solius arbitrio constituuntur, sustinentur, & revocantur, *l. in conditionibus 19. ff. de cond. & dem. l. ex facto 35. §. rerum 3. ff. de hæred. Inst. l. si mihi 12. in fin. ff. de legat. 1.* secus atque actus inter vivos, in quibus omnium voluntas spectanda, nec pœnitentia admittitur, *l. non solum 31. ff. de oblig. & act. l. sicut 5. C. eod.* & in quibus contra eum fieri solet interpretatio, cui liberum fuit re integra aperte loqui, & legem, quam vellet, claris verbis exprimere. *l. veteribus 39. ff. de pact. l. quidquid, ff. de verb. oblig.* cum similib. Similiter nostro casui adaptari nequit, quod Papinianus in *l. cum avus 102. ff. de cond. & demonstr.* cum speciem proposuisset, ubi testator à nepote, quem ex parte hæredem instituit, petiit, ut post mortem hæreditatem restitueret patruo suo, respondet nepote liberis relictis, mortuo defecisse conditionem fideicommissi, ductus conjectura pietatis, ut ipse ait; nam conjectura illa pietatis ex eo ducitur, quod non videatur avus nepotem gravare voluisse in eum casum, quo liberi nepoti nascerentur, eo quod pietas suadeat, ut liberis potius relinquatur hæreditas, quam aliis, utcunque testatori defuncto conjunctis (nam in casu *d. l. cum avus*, rogatus est nepos hæreditatem restituere testatoris filio) nec credendum sit avum pro nepote id consilium cepisse, quod ipse nepos non nisi impiè capturus erat, ut rectè Ant. Fab. *l. 7. conject. 14.* Hoc verò longe diversum est à casu, quem hic tractamus, ubi quis in extraneum purè & absolutè quid transtulit, qui nec ex liberis donatoris est, nec de re donata reddenda absque expressa conventione obligari potuit. Quibus & illud accedit, quod *d. l. si unq.* non tantùm locum habet, si omnia bona, sed etiam si pars aliqua eorum donata sit. Est verò absurdissimum ob liberos donatori postea natos donationem patris alicujus bonorum euicumque & à quocunque factam revocari: quippe quo admisso nemo nisi liberos habens pure & plene donare intelligeretur. Huc item facit, quod bona, quæ propter agnationem liberorum donator revocavit, non liberis acquiruntur, sed pleno jure revertuntur ad patrem donatorem,

d. l.

d. l. si unq. qui proinde de iis jam iterum libere disponere potest, & salva saltem, liberorum legitima, ea omnia una cum cæteris bonis in quoscumque velit, conferre, *l.* 1. *l.* 2. *& tot. tit. C. de inoff. donat.* Atque ita, quo nihil dici potest absurdius, posteriores illi potiores erunt & præferentur ei, in quem jam antea earum rerum dominium plene & absolute translatum erat, atque huic eripietur, quod donetur alteri: quod vel solum argumento esse potest, qualitatem ipsam personæ donatoris & conditionem donatarii præcipuam esse hujus revocationis causam. Ex hoc porro simul concidunt objectiones sumptæ à miseratione liberorum, & injuria, quæ alias eis fieret. Nam ad injuriam illam vindicandam proditum liberis est jure communi remedium, quo patre mortuo donatio immodica revocetur, querela scilicet inofficiosæ donationis, *tit. C. de inoff. donat.* Et ipse quoque pater eam revocare potest, quatenus debitum liberis bonorum subsidium excedit, *l. si totas* 5. *C. eod. tit.* Aliud remedium frustra quæsieris. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos postea natos, tanquam ex causa generali loquatur, ac ne apud Justinianum quidem, qui cum liberorum jura ubique non servaverit modo, sed etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset; certe ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, id omissurus non fuerat. Quid quod & Canones huic nostræ interpretationi consentiant, *c. ult. ca.* 17. *q.* 4. ubi Divus Augustinus laudans factum sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat: *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli.* Respondet Fachinæus *d. lib.* 3. *c.* 86. Constantinum non potuisse ligare Ecclesiam: quasi vero res Ecclesiæ exleges fuerint. Posset forte huic responsioni species aliqua prætexi, si Augustinus de Romana loquutus fuisset: quia jam tum scilicet à Constantino facta erat Sylvestro Episcopo Romano prodigiosa illa donatio, quæ memoratur, *lib. decretor. distinct.* 96. Postremo de solis patronis donatoribus & libertis donatariis, eodem nempe, quo nos modo, constitutionem Constantini, quæ tertia est in Codice Theodosiano, *tit. de revoc. donat.* & eadem cum illa octava in Codice Justinianeo *eod. tit.* interpretatus est Anianus, qui tempore Alarici Regis floruit, centum & quod excurrit, annis ante Imperium Justiniani: eoque modo eandem constitutionem accepit Harmenop. *lib.* 3. *tit.* 2. item Azo *in summ.* & plerique Neotericorum, Connan. *lib.* 5. *comm. c.* 10. Ant. Fab. *lib.* 7. *conject. c.* 14. & 15. Donell. *ad d. l. si unquam.* Bachov. *ad Treutl. disp. de donat. thes.* 7. *lit. E.* Coras. *lib.* 7. *miscell. c.* 30. Hotom. *lib.* 1. *respons. amic. c.* 12. ubi levicula quædam removet, quæ à Cujacio objiciuntur ex *l. cum tale* 72. §. 1. *ff. de cond. & demonstr. & l.* 1. *C. de revoc. donat.* quasi quæ ibi constituuntur de libero, etiam in extraneis locum habeant, quod cum Accursio & aliis negat Hotomannus. Sed si ita, quædam, quæ in liberto valent, etiam locum habeant in non liberto; inde tamen non efficitur etiam in quæstione proposita eandem liberti & extranei rationem esse, cum in plerisque aliis longe sit diversa, & quod hic contra tenorem juris communis introductum est, in persona donatoris patroni non debeat produci ad consequentias, *l. quod vero* 14. & *l. seq. ff. de legib.*

CAPUT XXXII.

An per querelam inofficiosæ donationis tota revocetur donatio?

Querela inofficiosæ donationis species quædam est revocationis donationis factæ inter vivos, comparata confirmandæ querelæ inofficiosi testamenti gratia, ad quam eludendam donatione inofficiosæ instructæ sunt, *l.* 1. *l. si mater.* 7. *C. de inoff. donat.* Nimirum exhausto immodica donatione patrimonio querela inofficiosi testamenti eluditur, legitima portio iis, quibus debetur, intervertitur, sive donator eos hæredes instituat; sive intestatus decedat: nihil enim his relinquitur præter nudum nomen hæredum: nec querela datur nisi præteritis aut exhæredatis *pr. Inst. de inoff. testam.* Sed & si alium hæredem donator instituat, querelam tamen inutilem facit inofficiosa donatio, ut ne sic quidem præteriti aut exhæredati quicquam consequantur præter nomen inane hæredum, *l.* 3. *C. eod. tit.* Atque hinc est, quod inofficiosæ donationes instructæ dicuntur ad querelam inofficiosi testamenti eludendam, excludendam, intervertendam, *l.* 1. *l. si mater* 7. *C. eod. l. Titia* 87. §. *Imperator.* 3. *ff. de legat.* 2. Cum igitur inofficiosæ donationes excogitatæ essent ad portionem legitimam iis, quibus ea debetur, intervertendam; huic fraudi occursum est oportuno remedio, quo immodicæ hujusmodi donationes revocarentur, constituta in eam rem querela inofficiosæ donationis ad exemplum & similitudinem

nem querelæ inofficiosi testamenti. Quatenus autem donatio hæc revocetur, in totumne, an quatenus legitimam liberorum minuit, haud ita in promptu est dicere. Nam cum ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti hæc revocatio introducta sit, consentaneum videtur, ut quemadmodum per querelam inofficiosi tota rescinditur institutio, sic quoque per hanc querelam tota revocetur donatio. Omnes autem fere leges subjectæ titulo, *C. de inoff. donat.* hanc comparationem continent. Est quidem inter illa duo hæc differentia, quod querela inofficiosi testamenti impugnatur ultima dispositio, & injuria exhæredationis vindicatur: hac autem querela revocatur contractus inter duos initus & perfectus, idque ab ipsis hæredibus, quamvis solo nomine: sed hoc parum ad rem præsentem facere videri potest, cum in *l. ult. C. eod. tit.* Imperatores dicant dubitandum non esse, quin immodicarum donationum omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta, ut sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis æstimanda, vel idem & temporibus & moribus. Afferuntur pro hac sententia & loci nonnulli aliunde petiti, præsertim ab Ant. Fab. *lib.* 3. *conject.* 17. Et primum quod apud Ulpianum *l. si libertus* 16. *ff. de jur. patron.* legimus, si libertus se minorem centenario in fraudem legis fecerit in totum non valere, quod actum est: unde colligunt etiam donationem inofficiosam, quæ & ipsa in fraudem legis fit, in totum non valere aut revocari, 2. *l. cum res* 4. *C. de contr. empt.* ubi cum mulier omnia sua bona donasset Luciano, eaque defuncta relicto filio Lucianus bona sibi donata & tradita emisset à filio hærede donatricis, ajunt Imperatores hanc emptionem prodesse posse Luciano ad defensionem, *ne* (*filius*) *exemplo inofficiosi testamenti possit hæc avocare*, quæ verba videntur manifeste ostendere filium immodicam donationem à matre factam in solidum revocare. Nam pronomen illud, *hæc*, non alio referri potest, quam ad illa antecedentia, *omnia bona tibi ab eo donata*. Cæterum hæc ad decisionem hujus quæstionis non satis momenti habent. Nam dici potest comparationem illam utriusque querelæ non absolute, sed secundum quid accipiendam esse, quatenus scilicet una & similis utriusque causa est, eademque temporibus & moribus, cum utraque quinquennio finiatur, & excludatur exceptione ingratitudinis: & verba hæc *l. ult. C. de inoff. donat. omnique querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus introducta*, commode sic accipiuntur, omnibus scilicet legibus, quæ de hac querela disposuerunt, vel pro omnibus, quibus concessa querela inofficiosi testamenti: ut illud discrimen adhuc maneat, quod licet testamentum inofficiosum in totum rescindatur; immodica tamen donatio pro parte dumtaxat: idque hac ratione, quia testamentum inofficiosum privat liberos hæreditate, quæ tacita quadam lege naturæ liberis debetur, at donatio inofficiosa non facit, quominus idem donatori hæredes sint, qui sine donatione futuri erant, *l.* 4. *C. de contr. emp.* sed ut qui erunt tantum non percipiant, quantum donatione non facta omni jure habituri essent, puta portionem saltem legitimam.

Sed & comparatio inofficiosæ donationis, & donationis factæ à liberto in fraudem legis & patroni dici potest claudicare. Utramque quidem in fraudem legis fieri, sed illam liberti in totum, quia libertus donando se minorem faciens centenario, facit omni ex parte in fraudem legis, *d. l. si libertus* 16. *ff. de jur. patron.* Inofficiosam autem donationem hactenus, quatenus dodrantem aut bessem (ut hodie) excedit; in reliquum fieri lege permittente. Illam liberti ipso jure non valere, *d. l. si libertus*, hanc etiam, qua parte inofficiosa est ipso jure valere ab initio, sed instituta querela, quatenus inofficiosa est, rescindi *tot. tit. C. de inoff. donat.* At decisionem quoque quæstionis propositæ non multum facit, *d.l.4.C.de contr. empt.* quoniam ibi alia quæstio principaliter tractatur, nec est necesse, ut propter id, quod in fine constitutionis dicitur, filium non posse hæc avocare, dicamus alias eum bona omnia, quæ donata sunt, posse avocare. Constat rescripti sententia, si alias quædam avocare potuisset: nec verba respuunt hanc interpretationem, quod scil. hoc sentiat Imp. usque ad eam partem, quam alias avocare posset filius Luciano emptionem prodesse, nempe ut ex emptionis causa etiam trientem retinere possit, quem ex causa donationis retinere non poterat. Majorem speciem habet, quod Alexandrum Imperatorem Claudiano Juliano rescripsisse Paulus in *l. Titia Sejo* 87. §. 3. *de legat.* 2. memorat donationem totius patrimonii in unum ex duobus liberis collatam pro dimidia parte revocari, quod non nisi de dimidia totius, quod donatum est, capi posse videtur, cui consequens est, si in extraneum talis donatio conferatur, eam revocari in solidum.

Sed tamen ego huic sententiæ acquiescere non possum: & magis puto ex causa inofficiosæ donationis non totum revocari, quod donatum est: sed pro ea tantum parte, pro qua donatio est inofficiosa, modum scilicet legitimum excedens, & quartam iis quibus debetur, adi-

adimens. Non una me eo impellit aut ratio aut auctoritas: Nam primo, quoties lex ad certum modum aliquid permittit, si hic modus excedatur, non totum infirmatur, quod gestum est, sed quod illicite gestum est dumtaxat, *l. placuit* 29. *ff. de usur. l. sancimus* 34. *C. de donat.* Et quid notius regula, utile per inutile non vitiari, *l.* 1. §. *sed si mihi* 5. *ff. de verb. oblig. C. utile, de reg. jur. in* 6. 2. Quia alias in casu donationis omnium bonorum, aut ejusmodi partis, quæ legitimam minuat, supervacanea esset constitutio, *l. si unquam* 8. *C. de renov. donat.* quoniam certum est jure veteri liberis sive tempore donationis jam natis, sive postea editis hanc querelam competiisse. 3. Probatur hæc sententia textu expresso in *l.* 2. *C. de inoff. donat.* ubi donatio immensa in filium in potestate contitutum collata hactenus revocari dicitur, ut officio arbitri familiæ ercifcundæ quarta pars debitæ ab intestato portionis sorori ejus præstetur incolumis. Respondet Ant. Faber, vim oppositionis duorum casuum, quorum uno donatio in filiumfam. collata, altero in emancipatum, in hoc sitam esse, quod priore casu legitima tantum, posteriore totum revocetur. Sed hoc prorsus commentitium est, vel quia priore potius casu donatio ex ratione juris nulla & invalida in solidum revocanda erat: vel potius quia, ut ex ipso textu apparet, in hoc oppositio consistit, quod priore casu remedio ordinario posteriore extraordinario querela inofficiosæ donationis revocetur: utroque autem casu usque ad legitimam. 4. Per. *l. si totas* 5. *C. eod. tit.* ubi dicitur ex donatione immensa detrahi, quod necesse est relinqui liberis non ingratis ad submovendam inofficiosi querelam. Respondet Ant. Faber, donatorem ibi tempore donationis alios liberos non habuisse, eoque initio inspecto donationem non fuisse inofficiosam. Quid tum postea? Nonne satis est donationem postea propter alios liberos susceptos inoffic. fieri, ut liberi queri possint? De cujus querelæ natura si est, ut donatio in solidum revocetur, etiam hoc casu eundem effectum habere debet. 5. Huc accedit textus in *l. si mater.* 7. *C. eod.* ubi Imperatores non totum, quod gestum est, revocari ajunt, sed disertis verbis, quod immoderate gestum est. Respondet Ant. Faber totum revocari quod immoderate gestum est, non quatenus immoderate gestum est: quod est apertum σόφισμα meraque cavillatio. Ex hoc autem loco petenda est & explicatio, *l. Titia Sejo* 87. §. 3. *ff. de legat.* 2. ubi eadem plane species proponitur & deciditur, quæ in hac *l. si mater.* excepto eo, quod illic avia in unum è duobus nepotibus totum patrimonium suum effudisse proponitur, hìc mater in unum è duobus filiis. Igitur quemadmodum hìc non dimidium totius, quod donatum est, sed dimidium ejus quod illicite donatum est revocatur, vel, ut hoc apertius Imperatores in *d. l. si mater.* explicat, dimidium quartæ partis, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus agentem sufficeret: ita etiam illic nempe in *d. l. Titia Sejo* §. 3. dimidiam partem accipere debemus, partem dimidiam ejus, quod immoderate gestum est, non omnium bonorum, sed portionis legitimæ, utrique scilicet debitæ: eoque facit & *Novell.* 92. cujus speciem ex Harmenopulo ponit. Cujacius. *lib.* 5. *observ.* 14. 6. Facit huc optimus textus in *l. si liqueat.* 8. *in fin. pr. C. de revocat. donat.* ubi expresse dicitur, pro ratione quartæ, quod donatum est, deminui. Respondet Anton. Faber, intelligi ibi quartam non legitimam, sed quartam ab intestato debitam, fingitque in casu illic proposito matrem quatuor reliquisse liberos: quod vix confutatione indiget. Quid autem ibidem addunt Imperatores, *ad instar inofficiosi testamenti convicti.* Illa comparatio non ad quantitatem, quæ revocetur, sed ad jus revocandi pertinet. 7. Idem evincitur ex *l. un. C. de inoff. dot.* ubi itidem ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti dicitur liberis adversus dotem immodicam actionem dari, ut iis emolumenta debita conferantur. Emolumenta debita sunt illud ipsum, quod in *l.* 5. *C. de revoc. donat.* appellatur debitum bonorum subsidium. Non me latet plerosque ita distinguere, ut si in extraneos collata sit donatio cum consilio fraudandi, tunc tota revocetur: si sine consilio fraudandi, pro parte tantum: si in aliquem ex liberis, indistincte pro parte dumtaxat; eamque distinctionem judiciis & consuetudine publica probari, testibus Sichard. *in l.* 1. *num.* 4. *C. de inoff. donat.* Gomez. 2. *var. resolut.* 4. *num.* 13. Covar. *pract. quæst.* 19. *n.* 12. Cæterum juri scripto consentaneam non esse patet ex *d. l.* 1. ubi extranei & liberi eodem jure censentur. Nec verò persona accipientis donationem inofficiosam facit: sed profusa liberalitas: nec refert eventum tantum donatio, an & consilium fraudandi habuerit. *d. l.* 1. *l.* 7. *C. eod.*

CAPUT XXXIII.

An pro mortis causa donatione haberi debeat, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam se nullo modo revocaturum donationem?

MOrtis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem: veluti cum quid mo-

metu mortis vel ex præsenti vel ex futuro periculo donatur; puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, si iturus in militiam, si pestis grassetur, &c. *l. 2. & aliquot. seqq. l. senatus 35. §. mortis 4. ff. de mort. caus. donat.* Cæterum an propter mortis suspicionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est: nec enim sufficit ad hanc donationem à moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaraverit, se ob metum propinquæ mortis donasse: alioqui non tam mortis causa, quam moriens donasse censentur, *l. Seja 42. §. in fin. ff. de mort caus. donat.* Quin etiam extra suspicionem alicujus periculi, & à sano atque in bona valetudine constituto mortis causa recte donatur sola cogitatione mortalitatis, *d. l. 2. & d. l. senatus* §. 4. Sed itidem verbis hoc declarandum est, ne alias donatio pro pura & simplici habeatur. In omni autem mortis causa donatione, qui donat, se primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quam dedisse mavult: & ut verbo dicam, se potius habere vult quam eum, cui donat, illum deinde potius, quam hæredem suum *l. 1. d. l. senatus §. 2. eod.* Atque hæc ratio; cur hanc donationem revocare liceat, secus atque donationem inter vivos: quippe in qua qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum, quem se habere mavult. Tribus autem casibus mortis causa donatio fit irrita aut revocari potest, duobus ex parte donantis, pœnitentia, & periculi, cujus intuitu donatio facta, sublatione: uno ex parte donatarii, si is ante donatorem moriatur, *l. mortis causa 19. l. si mortis 29. & l. seq. ff. eod. §. 1. Inst. de donat. l. non omnis 19. ff. de reb. cred.* quanquam conventione effici potest, ut ne revocetur omnibus istis casibus, *l. si alien. 13. in fin. ff. de mort. ca. donat.* Illud autem quæsitum est, an & illa donatio pro mortis causa donatione habenda sit, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo casu aut modo donationem revocaturum. Et magis est, ut ea non pro donatione mortis causa, sed pro donatione inter vivos habenda sit: quod & communiter placuit Bart. *post. Gloss. in l. ubi ita donatur 7. ff. eod.* Clar. *§. donatio quæst. 4.* Gomez. *lib. 2. var. resol. 3. num. 12.* Schneid. *in §. 1. Inst. de donat. n. 3. & 4.* Fachin. *lib. 5. c. 23.* Tulden. *C. de mort. caus. donat. n. 3.* Perez *ibid. num. 12.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 19. thes.* Etenim cum ex sententia Juliani relata & probata ab Ulpiano in *l. 2. ff. eod.* ex mortis causa donatione vel non statim transeat dominium, vel transeat sub tacita conditione, ut scilicet non ante pro perfecta habeantur, quam mors fuerit insecuta, *l. non videtur. 32. ff. eodem,* mortis causa donatio dici non potest, per quam pure & absolute omnique jure revocandi excluso dominium transfertur. Deinde cum in omni donatione mortis causa, donator se primum cogitet, & ipse rem habere malit, quam donatarium, *l. 1. l. senatus 35. §. 2. ff. eodem.* mortis causa donationi non potest adscribi illud genus, in quo donator solum spectat donatarium, & illum potius, quam se habere vult. Nam cui non competit definitio, ei nec definitum competere potest. Unde etiam plus quam manifestum est, hic deficere partem aliquam donationis causa mortis substantialem, & ideo in aliam donationis speciem rem transire; quidquid in contrarium disputet Ant. Faber, *decis. 45. err. 1.* Imo nec potest ullo modo videri mortis causa, id est, propter mortem & periculum imminens donatum esse, cujus revocandi facultatem omnem sibi donator ademit. Et hoc est, quod Marcianus responso suo significat in *l. ubi ita 27. ff. eod.* cum ait, *Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio: & ideo perinde haberi debet, atque alia vis inter vivos donatio.* Ait, *causa donationis magis est, quam mortis causa donatio*: id est, in ejusmodi donatione mors est potius causa impulsiva & occasio donandi, quam causa finalis, seu τὸ τῦ ἕνεκα. Unde infert perinde eum haberi debere, atque aliam quamvis donationem inter vivos: quæ verba aperte ostendunt. Marcianum hanc quoque donationem pro specie donationis inter vivos agnoscere. Denique, quia talis donatio, ut & ceteræ inter vivos, nullam similitudinem cum legatis habet, §. 2. *Inst. de donat.* hinc porro infert, nec inter virum & uxorem eam valere, nec Falcidiam pati: quod utrumque in donatione mortis causa secus se habet, *l. 9. in fin. eum l. seq. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. 5. C. ad leg. Falcid. l. 2. C. de don. mort. caus.* Frustra autem huic sententiæ objicitur, *l. si in alienam 13. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* ubi Marcellus notat in mortis causa donationibus etiam facti quæstiones esse: posse sic donari, ut omnimodo ex ea valetudine donare mortuo res non reddatur; & ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si jam mutata voluntate restitui sibi voluerit. Sed & sic posse, ut non aliter reddatur quam si prior ille, qui accepit, decesserit: denique sic quoque posse, ut nullo casu sit ejus repetitio id est, nec convaluerit quidem donator, quod totidem & iisdem verbis etiam apud Paulum rela-

latum est, *l. senatus* 35. §. 4. *ff. eod.* Nam Jurisconsulti illic proponunt diversos casus, quibus propter mortem vel donantis vel donatarii pro varietate legis adjectæ revocetur aut non revocetur mortis causa donatario secus atque si nulla lex adjecta fuisset, salvo tamen hic manente jure revocandi ex pœnitentia. Aliquis enim saltem casus manere debet, quo revocari hæc donatio possit, & dici donatorem se habere maluisse, quam eum, cui donavit, in quo substantia hujus donationis consistit. Quid vero respondebimus ad *Nov.* 87. *in præf. & c.* 1. Justiniani esse nemo, qui eam legerit, inficiabitur. Et ideo nolim dicere vix esse, ut ea in foro ad decisionem causæ allegari possit: quanquam à recentioribus inserta est. Sed respondemus ex toto tenore tum præfationis, tum *d. c.* 1. *d. Novell.* 87. satis clare apparere Imperatorem loqui renunciatione revocationis non indefinita aut absoluta ex omni causa, sed ex una dumtaxat, nempe ex causa pœnitentiæ. Relinquitur itaque ut ex aliis causis adhuc revocari queat, puta ob remotionem periculi, cujus contemplatione donatio facta, aut si durante adhuc periculo præmoriatur donatarius. Non autem hic disputamus, cujus generis donatio habenda sit, cum quia mortis causa se donare dicit ea lege simpliciter & absolute adjecta, ut nullo casu revocetur. Cujusmodi donationem dicimus annumerandam esse donationibus inter vivos: mortis autem causa donationem non esse nisi καὶ τὸ λέγειν.

CAPUT XXXIV.

An dissensio in causis dandi & accipiendi impediat dominii translationem?

NIhil tam conveniens est æquitati naturali, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, *l. qua ratione* 9. §. 3. *ff. de acq. rer. dom.* §. *per traditionem* 40. *Inst. de rer. divis.* quique cum suæ quisque rei moderator sit & arbiter, *l. in re* 21. *C. mandat.* Cæterum, ut quis velle rem suam in alium transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent, primum, ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat: deinde, ut justam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promisit, &c. Prius ideo desideratur, quia nemo, qui errans in dominio rei suæ, suam esse ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo est, ut eam transferat, *l. si procurator* 35. *ff. de acq. rer. dom.* & arg. *l. si per errorem* 15. *ff. de jurisdict.* Ajo in dominio rei suæ: nam si quis non erret in re sua, in ea de qua transferenda agitur, sed in re alia puta in causa debendi, hic error alienationi non obstat: ac propterea indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est. Alterum ideo necessarium, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli. *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut alia justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur l. nunquam* 31. *ff de acq. rer dom.* Nec dicat quisquam hoc requiri superflue, cum si nulla causa adsit, præsumi debet donatio, arg. *l. Campanus* 47. *ff. de oper. libert.* quoniam hoc tunc solummodo locum habet, cum res consulto data est, *l. cujus, per errorem* 53. *ff. de reg. jur.* Illud non refert revera præcesserit causa, an opinione tradentis, veluti si indebitum per errorem tanquam ex justa causa debitum solutum sit.

Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam, ut ex alia accipias, an hæc in causis tradendi & accipiendi dissensio obstet, quominus dominium transferatur. Et si quidem vel in tradente nulla sit causa dominii transferendi, vel in accipiente nulla nanciscendi, nemo dixerit dominium transferri: verbi causa, si ego deponam apud te pecuniam, ut quasi mutuam accipias: aut è converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuam, tu quasi commodatam accipias ostentandi causa; hic, inquam, certum est dominium non transferri, quoniam non concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus, *l. in omnibus* 55. *ff. de oblig. & act.* Ac talis species est, quæ proponitur ab Ulpiano in *l. si ego pecuniam* 18. §. 1. *ff. de reb. cred.*

Nihil ibi dicit Jurisconsultus de nummorum dominio aut de exstantium in his causis repetitione, quia ea res expediti juris est, nempe extantes nummos posse vindicari, propterea quod eorum dominium translatum non est, *l. rogasti* 11. §. *ult. ff. d. tit.* §. *ult. institut. quib. alien. lic.* sed quia de consumptis dubitari poterat, respondeo eo casu locum esse condictioni, non vindicationi: & recte, cum in neutra superiore specie contingat, ut is à quo repetuntur, aut possideat nummos consumptos, aut dolo malo desierit possidere. Nunquam autem actione in rem tenetur, qui non possidet, si sine dolo desiit possidere, *l. qui petitorio* 36. *ff. de rei vind.* Intelligit autem haud dubie condictionem sine causa, cum nullum negotium inter tam aperte dissentientes contrahi manifestum sit. Addit Jurisconsultus *sine doli exceptione*, respiciens nimirum ad speciem initio, *d. l. si ego pecuniam*, propositam, ubi nummis consump-

sumptis ita conditione teneri dixit accipientem, ut tamen doli exceptione se tueri queat; eo quod secundum voluntatem dantis consumpti essent. Secus jam esse dicit in ea, quam nunc tractat, specie & merito. Sive enim quis pecuniam det quasi deponens, sive quasi mutuam, utroque casu hoc animo dat, ut repetat. Proinde quamvis nummi consumpti sint secundum voluntatem dantis,ut fit, cum quasi mutui dati sunt; tamen quia non est hæc voluntas, ut nummi maneant, sed ut etiam consumpti reddantur, semper cum repetentur,certum est non repeti eos contra voluntatem, ut contingit in eo, qui quasi donaturus dedit;sed maxime secundum voluntatem dantis & accipientis; quæ res accipienti omnem exceptionem & tergiversationem adimit. At enim vero si utrinque subesse existimetur causa idonea,ex qua dominium transferatur, veluti si tibi tradam fundum tanquam à me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias, vel si ego tradam tibi pecuniam donandi animo, tu eam accipias quasi creditam, hic quia ex utraque causa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem esse, dominiumque in accipientem transire:sic enim generaliter definit Julianus in *l. cum in corpus* 36. *ff. de acquir. rer. dom.* Videtur tamen à Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cum videlicet pecuniam tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuam accepisti, *d. l. si ego pecuniam* 18.*pr. ff. de reb. cred.* primum negat Ulpianus hic esse donationem; sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait nec mutuam esse, ne in hoc quidem, ut opinor, alter ab altero dissensit, quia mutuo data non est. Sed quod idem Ulpianus addidit postea, *magisque nummos accipientis non fieri*, in eo dixeris eum dissidere à Juliano, qui generaliter definit, dissensum in causis tradendi & accipiendi non obstare translationi, cum in corpus acquirendum consentimus:atque hanc regulam etiam eodem exemplo declaret in *d. l. cum in corpus, de acq. rer. dom.* quod proponitur ab Ulpiano in *d.l.si ego pecuniam pr.*Sunt qui hoc dissidium componi posse negant.Et sane vix ferri potest, quod Alciat *lib.* 5. *parerg.* 15. Zasius *in d. l. si ego n.* 7. *& seqq.* Bronchorst. 2. *assert.* 21. Pac. 3. *enant. quæst.* 67. ad horum locorum conciliationem afferunt, nempe diversas in iis proponi species,apud utrumque quidem pecuniam tradi donandi gratia, sed apud Julianum eam sic accipi quasi debitam accipienti ex præcedente contractu, seu solutionis causa datam: apud Ulpianum, quasi mutuo datam à tradente: pecuniam creditam apud Julianum sic interpretantes, non quasi creditam à tradente sive mutuam datam accipienti, sed quasi creditam antea tradenti ab accipiente, qui putet eam tanquam sibi debitam nunc solvi. Utique hanc interpretationem contextus pati non potest. Nam ex verbis præsentis temporis, quibus Julianus utitur; nempe *tradam* & *accipias*, apparet etiam donandi animum & crediti verbum ad idem tempus referri debere, ut sit sensus, si pecuniam tibi tradam donandi gratia,ut eam quasi non creditam tibi accipias: non potest autem pecuniam intelligi nunc à te credita,cum à te non sit profecta, qui eam non das, sed à me, qui eam tibi trado. Ego enim is sum qui dicor eam tibi tradere: ac proinde etiam cum credita esse postea dicitur, à me quoque credita, id est, tibi mutuo data intelligi debet. Quamquam, quid hoc verbo intellexerit Julianus, anxie laborare non debemus: nam etsi demus non esse id exemplum, quod diximus, tamen definitio generalis posita in *d. l. cum in corpus*,satis id exemplum & similia omnia complectitur, ubi id actum, ut dominus fieret,qui accepit: quod utique etiam nunc agi intelligitur, cum tibi dedi pecuniam donandi animo; ut eam quasi mutuam accipis,quoniam & hic in eo consentitur ut proprietas, id est,dominium, *l.* 13. *ff. de acq. rer. dom.* transeat in accipientem, licet ille hoc animo sit ut parem summam quandoque restituat. Neque video quid intersit, utrum conventio aliqua de donando, sive revera, sive opinione tradentis præcesserit, an statim & actutum nulla conventione præcedente donandi causa pecuniam tradiderit, eaque quasi mutua accepta sit: neque enim minus hoc quam illo casu ex utraque parte id pariter agitur, ut dominium transferatur. Si qua est componendi ratio,ea est quam affert Connanus *libro tertio comment. capite* 17. & Donellus ad *d. l. si ego pecuniam*, nimirum verba hæc Ulpiani, *magisque nummos accipientis non fieri*, duplicem pati posse interpretationem: posse sic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis: posse etiam sic, ut non fiant perfectè, non irrevocabiliter, non ita ut apud eum manere debeant, *arg. l. aliud est capax.* 71. *ff. de verb. signif. l. non videtur* 51. *de reg. jur. l. cum quis* 38. §. *qui hominem* 3. *ff. de solut.* comparare videlicet, & respectu acquisitionis rei, quæ ex causa donationis traditur & accipitur: fiant tamen ejus inspecto initio, quia proprietas eorum statim transfertur, cujus rei hic effectus est, ut etiamsi adhuc extent, vindicari nequeant. Hoc autem posteriore modo verba Ulpiani capienda esse propter illam, quam diximus generalem definitionem Juliani. Quid quod hanc interpreta-

tio-

tionem etiam ratio ab Ulpiano subjecta nobis ultro suppeditat, *cum alia opinione accepit*: quippe qui donatum sibi tanquam mutuum accipit, non eo animo est, ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter, & sine obligatione restituendi tantundem, tanquam ex causa donationis. Unde apparet Jurisconsultum, licet his verbis, magisque nummos, accipientis non fieri, videatur respondere de domino, vi tamen ipsa respondere de repetitione, nempe etsi fiunt quidem nummi accipientis, non tamen fieri perfectè, non ita quin avocari queant. Igitur ais, inquiet aliquis, si tibi dem pecuniam donandi gratia, ut eam quasi mutuam accipias, nummos, etiamsi adhuc extent, vindicari non posse? Ajo enim vero: hoc enim necessario consequitur posita dominii nummorum translatione. Neque contrarium est, quod Ulpianus in *d. l. si ego pecuniam*, scribit. *Quare si eos consumpserit licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit; quia secundum voluntatem dantis, nummi consumpti.* Nam inde non recte colligas, si nummi adhuc extant, eos vindicari posse; sed hoc tantum, posse eo casu condici sine metu exceptionis: cum si consumpti fuerint, licet condictio perseveret, ea tamen non noceat accipienti, cum posit condicentem repellere exceptione doli, proterea quod secundum voluntatem ejus consumpti sunt. Perinde ergo est, ac si dixisset, licet nummi condici posint, sive extent, sive consumpti sint: hoc tamen interesse, quod consumptis nummis condictio sit inefficax, &c. Idem autem de extantibus nullo modo dici potest, ac ne quidem de consumptis post revocatam voluntatem. Nec vindicari igitur extantes possunt, quippe dominio eorum in accipientem translato; nec consumpti efficaciter condici, quia consumpti secundum voluntatem dantis. Si vero adhuc extent, condictio erit efficax, eosque mutata ante consumptionem voluntate repetens nulla exceptione summoveri poterit. Locus autem hic erit condictioni sine causa. Nam cum nummi ad accipientem pervenerunt sine ea causa, ob quam vel dati vel accepti sunt, condictionem sine causa inde nasci necesse est, si dominium, quod jam probavimus, in accipientem translatum est, *l. 1. in fin. ff. de condict. sin. caus.*

CAPUT XXXV.

Positne dari plena possessionis definitio, quæ species omnes complectatur, & quænam sint istæ species.

VArii variis modis definire conati sunt, quid sit possessio: sed nimium scrupulosi fuerunt, & plerique in hisce definitionibus in vitium illud inciderunt, quod Galenus φιλαλιτίαι appellat, quasi libidinem & nimium amorem in definiendo. Atque hi longissime recesserunt à more & exemplo veterum Jurisconsultorum, qui in quærenda & conficienda accurata possessionis definitione noluerunt nimis esse soliciti. Utique Paulus noster in *l. 1. pr. ff. de acq. poss.* contentus fuit etymo verbi, & nuda aliqua descriptione, cum possessionem vocat κατέχειν id est, detentionem. Ait autem porro possessionem dictam esse à sedibus quasi positionem sedium: ita enim in libris Florentinis legitur; ac melior est hæc lectio, quam vulgata illa Accursii, Bartoli & aliorum, qui legunt, *Possessio appellata est à pedibus, quasi pedum positio*; nam possessio in etymo vocabuli nihil commune habet cum pedibus. Possidet ergo, qui sedes posuit, nec à grammatica notatione id abhorret, *possessio, positio sedium.* Grammatici tamen possessionem derivant à verbo *sedeo* juncta particula *pos* aut *potis pote*: unde adhuc hodie dicitur *impos, compos, possum*, quasi pos vel potis sum, & *possidere*, quasi posse sedere. Qui enim possidet agrum, is ingredi, discedere, redire, item sedere & tenere potest. Atque hæc ipsa derivatio Jurisconsultis improbari non potest: qui & possessionem acquirere nos posse ajunt, si ejus rei, quæ ante oculos nostros posita est, apprehendendæ potestas nobis fiat, etsi eam manu aut pedibus non attigerimus *l. 1. §. si jusserim. 21. ff. de acq. poss. l. quod meo 18. §. 2. eod.* & possessionem tamdiu nos retinere, donec facultatem & potestatem redeundi, insistendi, atque insidendi habemus *l. 6. §. ultimo & l. seqq. ff. eodem.* Hinc jam ubi in hunc locum inciderunt, arrepta plerique occasione disputant de vi argumenti ab etymologia sive notatione, & contra à nomine sumpti sive de mutua arguendi affectione, quæ inter nomen & notationem intercedit. Sed hæc disputatio cum non sit hujus loci & tota logica, ad logicos remittenda est. Illud certum est, etymologiam aptiorem esse ad explicandum, quam ad probandum. Est enim, ut Galenus ait, *l. 2. de decret.* Hippocr. & Plat. μάρτυς ἀλάζων quamvis ut quibusdam placet, sit ἐξηγητὴς δεινός, interpretes idoneus. Notandum porro est, interdum possessionis verbo proprietatem significari *l. interdum 78. ff. de verb. sign.* καὶ τὴν οὐσίαν. Cicero in *paradox. Dives est, cui tanta possessio est, ut liberaliter posit vivere*: tanta possessio: id est tanta substantia, tantæ facultates. Sed maxime de rebus soli seu prædiis dicitur Cicero *orat. 1. in Catil. Qui magno ære alieno majores etiam possessiones habent.*

apud

apud nostros passim, *l. pen. ff. de alien. jud. mut. ca. l. quæsitum 12. pr. ff. de instruct. vel instrum. leg. l. 3. ff. de extraord. cogn. l. 6. l. 15. C. de rei vind. l. 2. C. de probat. l. 8. C. de compens.* &c. eadem scilicet significatione, qua apud Græcos κτῆμα, aut apud Poëtas κτέας. Denique & illud notandum, possessionis verbum interdum abusive usurpari pro usucapione, forte ideo, quia possessionis civilis proprius hic effectus est, ut eam suo tempore sequatur usucapio: ita usurpatur id verbum in *l. denique 19. ff. ex quibus causis major. l. ait prætor. 23. §. 1. eod. l. possessio 20. ff. de usucap.*

Ergo, ut dixi, Paulus in *l. 1. pr. ff. de acq. poss.* non definivit possessionem, sed post allatum etymon nuda descriptione contentus dixit esse κατοχὴν. Quomodo igitur eam definiemus? Sane quoniam definitio omnes species complecti debet, easque multas habet possessio, cum alia sit civilis, alia naturalis; alia justa, alia injusta; alia corpore, alia jure constans, de quibus speciebus mox ex professo, maluerunt olim peritissimi homines à definitione possessionis abstinere. Accursius in *l. stipulatio 38. §. hæc quoque 5. ff. de verb. obligat.* ait eos ausos non fuisse possessionem definire. Quid ergo? an non potest dari plena & perfecta possessionis definitio, quæ species ejus omnes complectatur, atque, ut in scholis loquuntur, quæ cum suo definito reciprocetur? Ajo enim vero, nam quod difficile est, non utique & impossibile. Quamobrem, ut mori publico satisfiat, eam hoc modo definio: Possessio est rei corporalis detentio, cui inest effectus vel proprio vel alieno nomine rem tenendi. Vox detentionis hic locum generis obtinet. Latius enim patet tenere, quam possidere: quippe cum is etiam teneat, qui sine judicio, aut voluntate affectuve tenet. At detentio, quæ in possessione locum habeat, juncta esse debet cum affectione & voluntate tuendi, *l. qui jure 41. ff. de acq. poss.* qua de causa etsi tenet furiosus, non possidet, *l. 1. §. 3. & §. ideo 10. ff. eod.* Deinde detentio hæc vel vera est, puta cum is, qui possidet per se & corpore suo, non per alium possidet; vel ficta per juris interpretationem, puta cum possideo corpore alieno & animo meo, vel simul corpore & animo alieno, *l. 3. §. cæterum 12. ff. eod.* unde orta divisio possessionis in eam quæ jure & corpore consistit, *l. nemo 10. C. eod.* Sequitur, *rei corp.* quia res incorporales natura sua possessionem non recipiunt, *l. si ædes 32. §. 1. ff. de serv. præd. urb. l. 4. §. si viam 27. ff. de usuc. l. servus 43. §. 1. ff. de acq. rer. dom.* Nulla enim res detineri potest nisi corpus & possessionis initium est corporis ad corpus adjunctio. Ac proinde rerum incorporalium dicitur quasi possessio, *l. ait prætor 23. §. 2. ex quibus causis maj. l. si quis diuturno 10. ff. si servitus vind. l. tertia, paragrapho pen. ff. unde vi,* & interdicta constituta de servitutibus, quæ sunt res incorporales quasi possessoria, *l. ult. ff. de servit. d. l. 3. §. pen. unde vi,* quæ causa est, quod Græci rebus incorporalibus non tribuunt, κατοχὴν sed γένεσιν. Et recte igitur Theophilus. *Inst. de Interd.* νομὴ, inquit, ἐστι σώματος τῶν πραγμάτων κατοχή. At male illi, qui ita distinguunt ut dicant res incorporales perfecte & nobilior modo possideri, res incorporales minus perfecte. Dicendum enim est illas vere & proprie possideri, has non item: vox *quasi* nota est improprietatis.

Non adjeci in definitione rei corporalis ab aliis possessoribus vacuæ, hoc enim qui addunt, putant rem eandem à pluribus in solidum possideri non posse: quod an verum sit merito dubites, propter *l. 3. pr. ff. uti possid. l. 6. §. 1. de acq. poss. l. sciendum 15. §. 3. ff. qui satisd. cog.* cum similibus. Utique diversi generis possessio penes duos esse potest, ut naturalis apud creditorem, civilis apud debitorem, *l. servi 16. ff. de usuc. l. qui pignori 36. & l. seq. ff. de acq. poss. l. si pignus 37. ff. de pign. act.* sed hoc pluribus nunc excutere non lubet. Postremo non dixi in definitione, animo aut opinione domini, quod item plerique adjiciunt: quia tunc definitio ad eam fere speciem possessionis dumtaxat pertineret, quæ civilis est, ad usucapionem prodest. Nos vero omnes possessionis species definitione nostra complecti voluimus: apertæ autem duæ species possessionis constituuntur, quarum altera fit cum animo & opinione domini, altera non item, *l. 7. §. 4. ff. comm. divid. l. quæcunque 13. §. 1. ff. de publ. in rem. act. l. si servus 22. §. 1. ff. de nox. act.* Is cui ea mente possessio tradita est, ut eam postea restituat, possidet, quamvis affectu domini rem non tenet, *l. si quis 17. §. 1. in fin. ff. de acq. rer. dom.* Si omittendæ possessionis causa res apud sequestrem deposita sit, sequester possidet, *l. interesse 39. ff. de acq. poss.* qui tamen animum dominantis non habet. Quare cum Theophilus §. 4. *Inst. per quas per. cuiq. ac.* §. 4. ita definit possessionem νομή ἐστι τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος νέμεσθαι non est credendum eum in genere possessionem definire voluisse, sed eam dumtaxat speciem, quæ civilis dicitur, accommodata scilicet definitione ad verba textus Justinianei. Nam cum dixisset Imperator, bonæ fidei possessorem usucapto servo per eum ex omnibus

cau-

caufis acquirere, mox fubjicit, fructuarium ufucapere non poffe, addita etiam hac ratione, quia non pofsidet: quem tamen conftat naturaliter pofsidere, *l. 12. ff. de acq. poff.* Videamus nunc quotuplex fit poffefsio.

Prima & principalis divifio poffefsionis hæc fit, quod alia civilis eft, alia naturalis. Civiliter pofsidet qui animo & cogitatione domini pofsidet jufta ex caufa & bona fide. Is autem ideo dicitur civiliter pofsidere, quia hæc poffefsio ei prodeft, ad civilem ufucapionis effectum: atque ad hanc fpeciem tantum pertinet definitio illa Theophili fupra relata. Hæc poffefsio fæpe abfolute & κατ' ἐξοχὴν, poffefsio dicitur, ut cæteri, quibus poffefsio ad ufucapionem non prodeft, hoc refpectu interdum dicantur non pofsidere, *§. de iis autem 4. verf. fructuarius vero. Inftit. per quas perf. cuique acq.* fed potius effe in poffefsione *§. 5. Inftit. de interdict. l. 6. §. fecundo, ff. de precar. l. 9. ff. de rei vind. l. 8. ff. commod.* Naturaliter pofsidet, qui injufte, aut abfque animo & affectu domini pofsidet. Divifio hæc petita eft ex *l. 1. §. dejicitur 9. & feqq. ff. de vi & de vi arm. l. cum hæredes 23. §. fecundo, & l. feqq. de acq. poff. l. 2. §. primo, ff. pro hæred. l. 3. §. ultimo l. tigni. 7. §. 1. ff. ad exhib. l. quæcunque 13. §. primo ff. de publ. in rem act. l. 7. §. neque 11. ff. comm. divid.*

Civilis poffefsio femper jufta effe debet: naturalis modo injufta eft, *l. fi eum 26. pr. ff. de donat. int. vir. & ux. l. quod uxor. 16. ff. de acq. poff. l. 1. §. 9. & 10. ff. unde vi. l. 7. §. 4. ff. comm. div.* modo jufta, *l. 13. §. 1. de publ. in rem act. l. 12. ff. de acq. poff. l. fi fervus 12. §. 1. ff. de nox. act. d. l. 7. §. 4. comm. div.* & qui ita pofsident, interdum & bona fide pofsidere dicuntur, *l. fi pignore 22. §. fecundo, ff. de pign. act.* fed tunc bonæ fidei poffeffor non intelligitur is, qui civiliter pofsidet, fed qui jufte, licet non ex caufa, ex qua dominium transfire folet, ut in *d. l. 13. §. 1. de publ. in rem act.* & *d. l. 22. parag. primo, ff. de moral. act.* At in materia ufucapionis alio fignificatu dicitur bonæ fidei poffeffor, nempe is qui civiliter pofsidet ad civilem ufucapionis effectum. Sed & qui injufte, hoc eft, fine titulo pofsidet, fi illæfam habeat rei alienæ quam pofsidet, confcientiam, forte quod in jure errans fe dominum factum putet, bona fide pofsidere dicendus eft, quamvis ufucapio ei non procedat *l. ubi lex 24. l. fi fur. 32. §. 1. ff. de ufucap.* nam quæ poffefsio propter defectum tituli injufta eft, propter voluntatem domini eam tradentis pro bonæ fidei habenda eft, *arg. l. fructus 45. ff. de ufur.* Interp. vulgo civilem poffefsionem ex animo, naturalem ex corpore & animo æftimare folent, fed minus recte: quanquam non tam craffe difputant, ut civilem exiftiment per difceffum demum exiftere; fed eam, quæ cum naturali antea conjuncta erat, retineri; naturalem autem folam amitti, vel potius modum pofsidendi mutari: quippe corpore tenere aut animo, non tam effe fpecies poffefsionis quam modos pofsidendi, *l. 3. §. Nerva 13. ff. de acq. poff.* ubi hactenus res pofsideri dicitur; quatenus, fi velimus, naturalem poffefsionem nancifci poffumus. Hinc vero apparet divifionem poffefsionis in juftam & injuftam non effe divifionem primam, fed fubdivifionem. Item non omnem poffefsionem injuftam effe malæ fidei. Denique nec omnem naturalem effe injuftam neque omnem quæ jufta eft effe civilem.

Porro eorum, qui naturaliter pofsident eft & hæc fubdiftinctio, quod aut fibi fuove nomine pofsident, veluti quod prædo, aut quod conjux à conjuge fibi donatum pofsidet aut quod fructuarius, licet hic abfit animus dominantis, *l. fructuarius 21. ff. quemad. ferv. am.* Et hujufmodi poffefforibus etiam remedia poffefforia dantur, *l. 1. §. 9. & 10. ff. de vi & de vi arm. l. 3. §. 13. eod.* aut nomine alieno: quomodo pofsident, quicunque noftro nomine in poffefsione funt, *l. generaliter. 9. l. quod meo 18. ff. de acq. §. pofsidere Inft. de interd. l. 2. §. 1. de act. empt. l. 7. §. item fi duo 8. & §. neque 11. ff. comm. divid.*

Rurfus alia eft poffefsio, quæ jure, alia quæ corpore conftat, *l. nemo 10. C. de acq. hæred.* quæ divifio locum habet tam in civili, quam in naturali poffefsione. Civilis poffefsio corpore confiftit, cum ipfe per fe pofsidet, qui eft in conditione ufucapiendi. Jure eadem conftat, cum per alium pofsidet, ut in *l. 1. §. per eum 8. l. 3. §. cæterum 12. l. quod meo 18. l. qui pignoris 36. ff. eod. l. fervi 16. ff. de ufuc.* Naturalis poffefsio corpore conftat, cum is qui naturaliter pofsidet, per fe pofsidet, non per alium: eadem jure confiftit, veluti fi rem pignori obligatam debitor conduxerit aut precario rogaverit, poffefsio creditoris, quæ naturalis eft, jure conftat, *l. fi rem 29. fi quis 36. §. ult. & l. feqq. ff. de pign. act. l. res pignoris 37. ff. de acq. poff.*

In poffefsione, quæ jure conftat, admittitur fictio, eaque jure civili, unde ortum habet, infirmatur, *l. ait prætor 23. §. 3. ff ex quib. cauf. maj. l. in bello 12. §. 2. ff. de capt. & pfl. l. rev.* Hinc eft, quod hæc poffefsio plurimum juris habere dicitur, & non tantum corporis, fed & juris effe, *l. poffefsio 49. præfc. & §. 1. ff. de*

acq. poss. At possessio quæ corpore constat, facti magis est, quam juris, *l. 1. §. furiosus 3. & seq. eod.* id est, plurimum, ut alibi dicitur, facti habet, *l. denique 19. ff. ex quib. ca. maj.* & ideo fictionis non est capax, nec infirmatur jure civili, *d. l. denique l. ait prætor. 23. §. 1. ff. ex quib. cauf. maj. l. cum heredes 23. §. 1. ff. de acq. poss. l. in bello 12. §. 2. ff. de capt. & post. rev.* ubi Marcelli sententia non distinguentis rejicitur probata Juliani. Illud notandum est possessionem, quæ corpore constat, aliquando appellari naturalem; quo significatu naturalis possessio nihil aliud est, nisi possessio actualis, quam quis corpore suo habet, & naturaliter possidere, est non solo animo, sed & corpore possidere, ut in *l. ea quæ 53. ff. de acq. rer. dom. l. 1. pr. & §. 1. l. 3. §. 3. & 13. l. 23. pr. & §. 1. ff. de acq. poss.* sive corpore & animo possessioni incumbere, ut loquitur Marcellus in *l. qui bona. 19. §. 1. ff. eod.* Certe quod *in d. l. 23. pr.* dicitur naturaliter apprehendi, in *d. l. §. 1.* dicitur corporaliter amitti, ita ut hæc subinde promiscue sumantur; naturaliter possidere & corporaliter. Et hoc sensu si accipias naturalem possessionem, potest utique talis possessio simul etiam civilis esse, ut ex locis allegatis apparet: & tunc possesio civilis & naturalis non opponuntur. At cum dico aliam esse possessionem civilem, aliam naturalem, (quæ divisio & oppositio est in *l. 1. §. 9. & 10. ff. de vi & de vi arm. l. 24. ff. de acq. poss. l. si cum 26. ff. de donat. int. vir. & ux.* cum similib.) tunc possessio naturalis longe aliud est, nempe ea possessio, quam quis habet sine titulo aut opinione domini, & propterea ex adverso opponitur civili possessioni, ut hæ duæ species simul eodem tempore concurrere & eædem esse non possint: quamvis possint, ut duæ diversæ possessiones in eadem esse persona, ut unus & idem possideat civiliter & naturaliter, uti in specie *l. qui pignoris 36. ff. de acquir. poss.* ubi idem & civiliter possidet, & precario, id est, naturaliter, *add. l. 29. l. 35. §. 1. l. 37. ff. de pig. act. junct. l. 16. ff. de usucap.* Atque hæc locutionis homonymia & duplex naturalis possessionis significatio omnes, quotquot vidi, Interpretes conjecit in varios errores & perplexas disputationes. Vasquius ex hujus rei ignorantia putavit, jure primævo dominium rerum acquisitum fuisse possessione naturali, quæ civili opponitur, *lib. 2. controvers. cap. 57. n. 21. & seqq.*

Non obstat his divisionibus, quod tituli ff. & C. concepti sunt de acquirenda possessione, quasi hinc efficiatur unum esse dumtaxat & simplicem possessionem. Nam etsi genus plures habet sub se species, recte tamen numero unitatis proponitur. Sic cum in *l. 3. §. genera 21. in fin. ff. eod.* unum dicitur esse genus possessionis, non ideo negari potest esse sub hoc genere diversas species. Et possessio ibi confertur cum titulis & caussis possidendi, quæ cum valde multæ sint & variæ, earum respectu unum esse genus possidendi dicitur, species, quo nomine Jurisconsultus illic intelligit caussas & titulos, infinitæ. Sed & alias non semper genus & species significatione dialectica à nostris usurpantur, *l. 4. §. 2. ff. de vulg. & pup. subst. l. Thais. 41. §. item quæro 8. de fideicommiss. libert.*

Alio & plane diverso respectu ac sensu dicitur aliquis pleno jure possidere, nempe, qui plenum jus dominii habet, *l. 1. C. de revoc. donat.* Bald. *in l. fœminæ 3. §. illud etiam, C. de sec. nupt.* Mindan. *de mat. poss. c. 7. n. 9.* Itaque cæteri, qui domini non sunt, etsi civiliter & bona fide justoque titulo possident, non tamen dici possunt pleno jure possidere. Sed ea species possessionis, quam domus pleno jure habet, & quam caussalem appellare possumus, huc non pertinet, non magis, quam ususfructus caussalis aut caussales servitutes ad argumenta de usufructu aut de servitutibus prædiorum.

CAPUT XXXVI.

An in eo, quod interest, æstimando etiam lucri ratio habeatur?

VErbum hoc *interesse* in jure nostro dupliciter usurpari solet, uno modo generaliter pro eo quod ad utilitatem vel publicam, ut in *l. 1. ff. solut. matrim. l. servo 65. §. 2. ff. ad Senat. Trebell. l. interest 18. ff. de reb. auct. jud. l. 1. §. 1. ff. de incend. ruin. naufrag.* vel privatam alicujus pertinet, ut in *l. pen. ff. ad exhib. l. 7. pen. ff. de serv. export. l. pater filiæ 71. ff. de evict. l. & heredis 21. §. ult. ff. de pact.* cum similib. altero modo specialiter pro eo, quod extrinsecus rei succedit vel accedit ob damnum acceptum, aut lucrum amissum, de quo solo hic quæritur. Sic autem dicitur ad differentiam rei seu debiti principalis: nec tantum rem ipsam pricipalem, sed etiam æstimationem ejus excludit, *l. 1. §. considerandum 20. ff. de tut. & rat. distrah.* Unde recte infert Molineus, *tract. de eo, quod interest.* remittentem damna & interesse, non censeri remittere rem principalem. Et vulgo quidem tria ejus, quod interest, genera constituuntur: conventum, quod fit pœna nomine ejus, quod in-

interest, promissa; singulare, quod ex privata affectione æstimetur: & commune, quod æstimetur, quanti res communiter omnibus valet. Sed ex tribus hisce generibus duo priora hinc removenda, conventum scilicet, quia pœnæ quantitas certa est, & peti potest etiam tunc, quando nihil interest, *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri* 17. *ff. de verb. obl.* & singulare, quoniam res non ex affectione singulorum privata æstimantur; sed ex eo, quanti communiter omnibus valent, *l. pretia rerum* 62. *ff. ad leg. Falcid. l. si servum* 33. *ff. ad leg. Aquil.* Bene vero sic id, quod interest, vulgo definitur, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus: seu damnum emergens & lucrum cessans ex eo, quod factum non est, quod fieri debuit, *l. si commissa* 13. *ff. rat. rem. hab. l. un. C. de sentent. quæ pro eo quod int. prof.* Ergo ut quid nostra intersit, hinc pendet, si quid amisimus ob id, quod factum non est, quod fieri debuit; aut si quid lucrari potuimus, si factum esset, qu od promissum est: quod quia factum non est, lucrati non sumus. Et quidem cum apud veteres dubitatum esset, quænam in ejus, quod interest, taxatione partes essent Judicis, & ad quam usque quantitatem id æstimari deberet, visum fuit Justiniano hujusmodi prolixitatem, prout possibile est in angustum coarctare, sicut ipse loquitur in *d. l. un. C. de sent. quæ pro eo, quod int. prof.* Ait quoad possibile est, absolute enim id definiri nequit, quoniam tota hæc quæstio in facto, non in jure consistit, *l. quatenus* 24. *ff de reg. jur.* ac proinde magis ad Judicis potestatem, quam ad juris definitionem pertinet, *l. ordine* 15. *in fin. pr. ff. ad municipal. l.* 1. §. *quorum* 4. *in fin. ff. ad Senat. Turpill.* Distinxit ergo Justinianus casus certos à casibus incertis: in illis vetuit id, quod interest, dupli quantitatem excedere: in his totum jussit præstari, quod interest. Casus certos definit, qui certam habent quantitatem vel naturam, puta certam summam aliamve quantitatem in pondere, numero, mensura vel speciem certumve corpus. Proinde si v.c. venditor aut locator ob id, quod rem aut usum rei non præstant, in id, quod adversarii interest, condemnandi sunt, in eo æstimando duplum dicti pretii aut mercedis excedi non oportebit, quia certam quantitatem hi casus habent. Casus incerti sunt, qui quantitatem continent incertam. Cum autem nulla quantitas incerta esse possit, quæ quidem designetur, nisi quæ designatur sub appellatione ejus quod interest, apparet eos solos casus esse incertos, in quibus, ejus, quod interest, præstatio petitiove continetur. Itaque huc pertinent contractus omnes, quibus ut quid fiat, continetur; quales sunt stipulationes faciendi, obligationes mandati, tutelæ, negotiorum gestorum, maleficia, ex quibus actio in id, quanti ea res est, de qua agitur, ut fit in lege Aquilia de damno injuria dato, in interdicto unde vi iis rebus amissis, quæ in fundo erant; in furto surrepta ea re, quæ certo die sub pœna debebatur; in summa actiones omnes, quibus indemnitas principaliter petitur, *l.* 13. §. 1. *ff. de re jud. l. si pœnam* 68. *l. stipulationes* 72. *l. ubi autem* 75. §. *ubi autem* 7. *ff. de verb. oblig. l. si procuratorem* 8. §. *mandati.* 6. *ff. mand. l.* 1. *ff. de tut. & rat. distr. l.* 2. *ff. de neg. gest. l. ait lex* 21. *ff. ad leg. Aquil. l.* 1. §. *non solum* 41. *ff. de vi & de vi arm. l. inficiando* 67. §. 1. *de furt.* In his igitur omnibus tantum, quantum revera interest, ex constitutione Justiniani præstandum. Et quidem juxta veterum sententiam, quam & Justinianus comprobat, in eo quod interest æstimando non damni tantum, verum etiam lucri ratio habetur, *l.* 2. *in fin. ff. de eo quod cert. loc. l. si fundus* 33. *vers. nam & si ff. locat. l. si commissa* 13 *ff. rat. rem. hab.* exempla *in l. proinde* 22. *& l. sequen. ff. ad leg. Aquil. l. si mulier* 21. §. 3. *&* 4. *ff. de act. rer. amot. l. si procurator* 18. *ff. rat. rem. hab.* Unde igitur nata dubitatio, an in æstimando eo, quod interest, etiam lucri ratio habenda? Ex eo videlicet, quod veteres contraria in speciem respondisse videntur, nam quidam sunt loci, in quibus lucrum ab eo, quod interest, diserte removetur ut in *l. si steril.* 21. §. 3. *ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & comm. rei vend. l. Proculus ait.* 26. *ff. de damn. infect. l.* 1. §. *sicut autem* 21. *ff. de aq. pluv. arc. l. si is cui* 71. §. 1. *ff. de furt.* Quid igitur ad hosce locos respondemus? Nimirum removeri quidem his locis lucrum ab eo, quod interest, sed lucrum, quod aut circa rem non consistit (extrinsecum vulgo vocant) quale damnum similiter removetur; aut injustum, quod merito veterem exceperunt. Id vero ita esse, quivis intelligere poterit, qui modo causas, quæ in hujusmodi locis proponuntur, earumque rationem, quæ ad hypothesin accommodatur, animadvertet. Paulus in *d. l. si sterilis* 21. §. 3. *ff. de act. empt.* excludit lucrum sed an ideo, quia putet damni tantum, non etiam lucri habendam rationem? minime: quoniam non solum lucrum removet, quod circa rem non consistit, sed etiam hujusmodi damnum: ait enim non magis id lucrum æstimandum, quam si emptor triticum emerit, & ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit, &c. Removet ergo id lucrum

dumtaxat, quod non circa rem consistit. Idem responsum esto ad *d. l. ult. de peric. & commod. rei vend.* cui adde *l. vend. 21. vers. pretium enim, ff. de hered. vend.* In *d. l. Proculus 26 ff. de damn. infect.* damnum quidem admittitur, & lucrum simpliciter excipitur: sed agitur, illic de lucro injusto, de eo lucro, quod ab ipso vicino & ejus beneficio habebatur, quo non diutius uti licet, quam quoad is patitur, nec lucrum absolute, sed veluti lucrum appellatur. Simile est, quod in *d. l. 1. §. sicut autem 81. ff. de aq. pluv. arcend.* Ofilius & Labeo ajunt, actionem aquæ pluviæ arcendæ locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non prosit, veluti si vicinus opus fecerit, ne aqua, quæ alioquin decurrens agro meo proderat, huic prosit. Permittitur enim cuilibet sibi consulere etiamsi per id ex consequentia alter commodo aliquo privetur, aut etiam incommodo aliquo afficiatur, *l. cum eo 9. ff. de serv. præd. urb. l. sicut. 8. §. Aristo. 5. ff. si serv. vind. l. si in meo 21. ff. de aq. pluv. arc.* In *l. si is cui 71. §. 1. ff. de furt.* non definitur τὸ interesse, sed cujus intersit in actione furti: ubi rectè dicitur ejus interesse videri, qui damnum passurus est, non ejus, qui lucrum facturus: quia in eo genere lucrum non potest nisi injustum esse. Nam sive res nostra surrepta est, & est aperte damnum, sive aliena, cujus custodiam debemus, & idem est, si ea non recepta damnum luere domino cogimur. Quod si quis hoc tantum sua interesse dicat, ut lucrum possessionis faciat, eamve possidendo quærat, id ex re aliena non honeste captatur, *add.* Cont. *tract. de eo quod int. c. 3. & 4.* Alciat. *in comment. ad d. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. cap. ult.* Donell. *cap.* 10.

CAPUT XXXVII.

Nam in taxatione ejus, quod interest, id omne quod actor consequi potuit, neque consecutus est sine exceptione æstimetur?

JUstinianus sic ex veterum sententia constituit: damnum, quod revera inducitur; lucrum, quod revera abest, præstetur: *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. præf.* Non est autem dubitandum, quin his verbis Justinianus exprimere voluerit id, quod ex veteribus Paulus scripsit, omnem utilitatem in æstimationem venire, quæ circa rem consistit; non venire, quæ extra rem sit, *l. si sterilis 2. §. 3. ff. de act. empt.* Id vero hanc habet sententiam, ut non continuo id, quod haberi potuit, præstito eo, quod debebatur, quasi absit, æstimari debeat: sed quod ideo abest, quia datum factumve non est: quod dari aut fieri debuit. Duo igitur hic requirimus, ut haberi certo potuerit, ut potuerit ex eo solo, quod præstandum erat, non aliunde; ac proinde de duas utilitates hinc removemus. 1. Si quid habere ex re petitor potuit, sed ita, ut etiam potuerit non habere. 2. Si quid habere potuit certo quidem, sed non minus aliunde, quam ex eo, quod debebatur. Exemplis res plana fiet. Retia piscatorum, quæ capiendorum piscium gratia in flumine posuerant, culpa alicujus fracta sunt: placet dumtaxat retium æstimationem fieri, non piscium: quia incertum fuit, an caperentur, *l. quemadmodum 29. §. item Labeo 3. ff. ad leg. Aquil.* atque hoc ad res omnes ejusdem generis transferre licet, puta ad venationem & aucupium. Plane si in contractu actum sit, ut incertus v. c. captus piscium æstimaretur, is æstimandus est propter conventionem: *l. si jactum 12. ff. de act. empt.* nempe jacto retis vendito non tam ipse jactus venditus, quam quod eo jactu caperetur, venditum intelligitur: æstimatio autem redigetur ad id, quod consuetum est capi, per *l. 1. ff. de usur.* Molin. *tract. de eo quod int. n. 81. & seq.* Vinum aut frumentum venditum est, nec traditum, non est æstimandum, quod his rebus traditis emptor forte negotiari potuit & lucrum facere: quoniam hæc utilitas non ex re, sed propter negotiationem percipitur, nempe ex opera atque industria mercatoris, qui occasione oblata uti voluit, *l. si steriles 21. §. 3. ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. junct. l. venditor 21. vers. pretium enim ff. de hered. vel act. vend.* Neque tamen idem putamus esse ex corpore rei nasci, & circa rem consistere: sed circa rem consistere omnem utilitatem intelligimus, quam res ipsa secum fert, sibique adjunctam habet, licet extrinsecus veniat, meritoque Molinæus *d. tract. num. 13.* Doctorum distinctionem in interesse intrinsecum & extrinsecum improbat: quia quæcumque utilitas proprie circa rem consistere dicitur, ea extrinsecus venit. Ex re non nascuntur mercedes, ex operis servi, pensiones ex rebus locatis, pretium ex re vendita, quorum tamen utilitatem maxime circa rem consistere convenit. Servus, qui hæres institutus venditus & traditus erat, evictus est: placet etiam ob hæreditatem amissam ex empto agi posse, *l. 8. ff. de evict.* quia hæreditatis utilitas circa rem consistere intelligitur, non quod ex re nascatur, sed quod ejus parandæ causa in ea re, quæ debebatur, fuit. Atque in universum non quid pareatur & unde veniat, sed unde ejus quærendi causa hic spectandum est. Exempla de damno circa rem in *l. proinde 72. & l. seq. §. 3. ff. ad*

ad leg. Aquil. l. in hac stipulatione 28. *ff. de dam. infect.* Circa rem autem non consistit, quod vel certo habere, petitor non potuit, vel non minus aliunde habere, quam ex eo, quod debebatur; veluti si vino aut frumento vendito & tradito emptor potuerit negotiari & lucrum facere: & ideo hoc non æstimatur, *l. si sterilis* 21. §. 3. *ff. de action. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ejusdem generis sunt utilitates, ne pœna committatur, aut pignora distrahantur, ne familia fame laboret; quia aliunde percipi possunt.

Sed occurritur nobis ex Ulpiano, qui contra quam Paulus in *d. l. si sterilis* 21. §. 3. *ff. de act. empt.* etiam ejus utilitatis, quæ rei propria non est, nec circa rem consistit, rationem habendam esse tradit, non in damno solum, sed etiam in lucro prolatis iisdem exemplis, quibus & Paulus utitur. Locus Ulpiani est in *l.* 2. §. *ult. ff. de eo quod cert. loc.* qui lolus usque adeo turbavit Alciatum, ut contra omnes fere quanquam temere & perperam statuerit, habendam esse rationem omnis utilitatis, quam actor consequi potuit, etiamsi circa rem non consistat, præterquam in venditione; idque sine distinctione rerum aut adjectionis loci, aliæve circumstantiæ. Quomodo ergo hæc conciliamus? Nimirum si dicamus nunquam eam utilitatem, quæ ex re non est, seu quæ eodem modo aliunde percipi potest, æstimandam esse, nisi appareat in contrahendo ejus quoque habitam esse rationem: quod si contingat, conventionem servandam esse. De solo autem tali casu loquitur Ulpianus in *d. l.* 2. §. *ut. ff. quod cert. loc.* Agit enim de pecunia, quæ certo loco promissa alio in loco petitur actione arbitraria, in qua ait, hæc in utilitate actoris æstimari, quod actor forte eo loco quo pecunia dari, promissa est, pecuniam debuit sub pœna vel pignoribus, & ob id, quod pecuniam eo loco non acceperit, pœna commissa sit, aut pignora distracta. At quamobrem? nempe quia adjectione loci id actum esse intelligitur: nam cum locus non frustra adjiciatur, apparet creditorem ad eas utilitates, quas eo loco percipere potuit. solutionem retulisse. Conf. *in schol. ad d. l. un. c.* 4. *in fin.* Perez *ad Cod. d. tit. n.* 18. Neque id in pecunia numerata solum locum habet, sed etiam, & vel magis in alia quavis re fungibili: ut bene Molin. *num.* 97. *& seq.* Donell. *c.* 11. contra Bartolum & plerosque alios Interpretes. Nec vero sola loci adjectio hoc efficit, verum etiam solutionis in certam personam aut tempus collatio, si creditori expediat personæ adjectæ eove tempore solvi, propter ejusdem generis utilitates, ut diserte Papinianus in *l. liber homo* 118. §. *ult. ff. de verb. oblig.* & Ulpianus in *l. si fundus* 114. *ff. eod. l.* 4. *pr. ff. quod cert. loc.* Enim vero non omnis utilitas, quæ ubique capi potuit, hic æstimabitur, sed ea tantum, ad quam adjectione harum circumstantiarum credibile est respexisse actorem, ut liquido apparet ex verbis Ulpiani in *d. l.* 2. §. *ult. quid si merces solebat comparare.* Igitur adjectione loci id tantum agi intelligitur, ut eam utilitatem consequatur actor, quam eodem in loco consequi potuisset, si pecunia ibi soluta fuisset. Quod si eo loco nihil interfuit, quamvis, si alibi soluta esset pecunia, actor consecutus esset, ne ibi in pœnam incideret, aut pignora distraherentur, nullam hujus rei rationem duci oportebit. Stipulatus sum mihi aut Titio dari, non omne æstimabitur, quod interfuit mea, sed quod interfuit Titio solvi: puta ne si Titio solutum non esset, pœna, quam promiseram, committeretur, *d. l. liber homo* 118. §. *ult. de verb. oblig.* At sicubi alias expedierit mihi pecuniam solvi, id in æstimationem non venit; quia hoc actum non est. Temporis adjecti eadem ratio, si temporis utilitas intervenerit, *d. l. si fundus* 114. *de verb. oblig. d. l.* 4. *pr. quod cert. loc.* Hoc igitur genere utilitatis in his causis recepto, consequens fuit, ut non solum damni, sed etiam lucri ratio haberetur. Finge stipulatorem pecunia suo loco accepta merces comparare potuisse, tritico accepto negotiari & lucrum facere: hoc quoque æstimabitur, *d. l.* 2. *in fin. ff. quod cert. loc.* parem enim esse damni facti & lucri amissi rationem supra effectum est. Illud interest, quod in damno persona non distinguitur; nam stulte quæreretur, damno facto, an id fieri potuerit: & omnino ubi quid amissum est, quæri nequit, an amitti potuerit. In lucro autem personæ conditio & consuetudo spectanda est, ut videri possit ad eam spem & cogitationem voluisse loci adjectionem referre. Finge mercatorem esse, qui merces eo loco comparare & negotiari solitus sit, *d. l.* 2. §. *ult. in fin.* recte nempe hic, si lucrum factum non est, quæretur, an acquiri potuerit, idque conjecturis exquirendum est. Pluribus hæc exequitur Donellus in *d. l.* 2. §. *ult. & d. c.* 11. *circa fin. add.* Mant. *lib.* 10. *de tac. & ambig. con. tit.* 7. *n.* 7. *& ibi alleg.*

CA-

CAPUT XXXVIII.

An interdictum seu judicium possessorium recte cumuletur cum petitorio sive rei vindicatione?

Concurrere plures actiones dupliciter dici possunt, elective sive disjunctim, ut una tantum ex pluribus, quæ competunt, experiri liceat, quæ in judicium deducta, cæteræ consumantur; §. *caterum* 5. *Inst. quod cum eo, qui in al. pot. l. pro socio* 38. §. 1. *ff. pro soc. l. eligere* 9. §. 1. *ff. de trib. act. l. in duobus* 28. §. 4. *ff. de jurejur. l. qui servum* 34. §. 1. *ff. de obl. & act.* & cumulative sive conjunctim, ut omnibus experiri liceat, nec una alteram consumat, qui verus est consensus. Atque earum, quæ ita concurrunt, aliquando hæc cumulandi ratio est, ut utraque simul & eodem tempore uti liceat, quod fit, quando diversarum rerum nomine competunt: ubi tamen & diversæ sententiæ, ferendæ, *l.* 11. *ff. de jurisd. l. & hac distinctio* 35. §. 1. *ff locat. l.* 9. §. 1. *ff. de trib act.* atque eo plerique referunt, *l.* 12. *ff. de oblig. & act. l.* 2. §. 1. & 2. *ff. de priv. delict. l. nunq.* 130. *ff. de reg. jur.* Interdum hæc ut non simul omnes, sed singulæ seorsim in diversis judiciis exerceri debeant, quod fit, quando plures conjunctim competunt ejusdem rei nomine, *l.* 43. §. 1. *ff. de reg. jur. d. l.* 9. §. 1. *ff. de trib. act. l. cum fil.* 75. §. *variis* 8. *ff. de leg.* 2. *l. plura delict.* 53. *ff. de obl. & act.* quam tamen distinctionem nunc adamussim non examino. Sed & aliquando una è concurrentibus pendente altera interim inhibetur, idque vel propter præjudicium, quod alioquin alteri fieret; quomodo concurrunt condictio furtiva & actio furti *l.* 7. §. 1. *ff. de condict. furt.* at pendente actione furti illa denegatur, ne huic præjudicium fiat. Eodemque modo concurrunt vindicatio fundi & servitutis, sed illa pendente hæc interim denegatur, ne præjudicium prædio fiat, *l. fund.* 19. *ff. de except.* vel propter ordinationem judicii ipsamque procedendi rationem, quomodo dici potest concurrere interdictum sive judicium possessorium cum rei vindicatione seu judicio petitorio, quamvis illo pendente hoc inhibeatur, propterea quod ad constitutionem judicii petitorii prius possessorium terminatum esse oportet, §. *retinendæ*, *Inst. de interdict.* Quæstio autem proposita in eo vertitur, an judicium possessorium cum petitorio sic cumulari & jungi possit, ut utroque simul & eodem tempore experiri liceat, hoc est, ut utrumque eodem libello proponatur, utrumque simul dictetur, de utroque simul cognoscatur, unaque sententia utrumque terminetur. Movetur hæc quæstio in interdictis adipiscendæ & recuperandæ possessionis; à multis tamen & in interdictis retinendæ, vide *c. pastoralis*, *& ibi latè Gloss. ext. de caus. possess. & prop.* Nos in hac quæstione probamus sententiam Joannis & Azonis negantium hæc judicia eo, quo diximus, modo cumulari posse, sed prius de possessione, deinde de proprietate distinctis judiciis esse cognoscendum, contra doctrinam Petri, qui omne possessorium cum petitorio cumulari posse contendit, & Martini, qui excepit tantum interdicta retinendæ possessionis. Etenim ut possessio nihil commune habet cum proprietate, *l. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acq. poss.* & ut sunt plane hæres dissimiles, *l.* 4. §. *ult. ff. de except. rei jud.* cum possessio sit facti, dominium juris, *l.* 1. §. 3. *l. cum hæredes* 23. *ff. eod. l. denique* 19. *ff. ex quib. caus. major.* ita etiam duas actiones non modo distinctas, sed etiam insociabiles pariunt, dominium rei vindicationem, *l. in rem* 23. *ff. de rei vind.* §. 1. *Inst. de action.* possessio actionem in personam seu interdictum, *l.* 1. §. *pen. ff. de interdict.* ac proinde etiam duobus distinctis judiciis hæc tractanda sunt: cum actiones contrariæ, & incomparabiles cumulari nunquam possint, *l.* 1. *C. de furt. cum ibi not. l.* 16. *C. de inoff. test.* Ant. Fab. *C. suo for. tit. unde vi defin.* 8. Placet autem possessionis litem prius decidi oportere, ac dum demum de causa proprietatis ab eodem Judice cognosci, *l. ordinarii* 13. *C. de rei vind. l.* *C. de interdict. l. exitus* 35. *ff. de acq. poss. l. ult. C. quorum bonor.* Ex quo intelligimus, nisi prius Judex de possessione judicaverit, jure ab ejus sententia appellari posse, quod & diserte traditum est in *l.* 1. *C. de appell.* Quod si utramque controversiam & possessionis & simul proprietatis eodem judicio cognosci, & terminari volumus, erit inexplicabilis, & exitum reperire judicium non poterit, *d. l. exitus* 35. *ff. de acq. poss. l. inter litigantes* 62. *ff. de judic. l. liberis* 7. §. *ult. ff. de lib. caus.* quippe cum ut petitoria actio instituatur, prius constare debeat, quis sit possessor; quia & civilis, & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius possidente, qui hic reus est, petat, §. *retinendæ* 4. *Inst. de interdict. d. l. inter* 6. *ff. de judic.* At si Judex de utroque simul cognoscat, sententiam ferre non poterit, quæ judicii exitus est. Nam in petitorio jubetur possessorem absolvere, si petitor non probaverit se dominum esse, *l. ult. C. de rei vind.* Sed quomodo possessorem, quem ignorat, absolvet? Ignorat autem quamdiu pendet causa possessionis. Quod si prius de pos-

possessione judicari oportet, perspicuum est simul possessorio & petitorio judicio agi non posse. Atque hoc etiam Martinus admisit, cum de possessione agitur interdicto retinendæ possessionis. Non idem autem nec ille nec plerique alii probant, si de possessione agatur interdictis recuperandæ aut adipiscendæ possessionis, veluti, si quis de fundi possessione dejectus experiatur interdicto unde vi, & idem se fundi dominium dicat: aut hæres interdicto quorum bonorum de adipiscenda possessione rerum hæreditariarum, quarum & idem se dominum esse dicat. Hic statuunt utrumque judicium posse concurrere, ut quis & interdicto experiatur ad recuperandam aut adipiscendam possessionem, simul judicio petitorio de proprietate, eo quod non minus interdicta hæc quam actio petitoria adversus possessorem dentur, ut nulla hic videatur repugnantia. Sed nec hoc concedendum est generalis enim hæc sententia est tradita in *d. l. ordinarii* 13. *C. de rei vind.* possessionis quæstionem prius decidi oportere: at in interdictis recuperandæ aut adipiscendæ possessionis etiam de possessione quæritur: ac proinde etiam controversiam ex his natam prius decidi oportet. De specie interdicti unde vi id expresse quoque cautum est, *l. 1. C. de appel. l. si de vi* 37. *ff. de jud.* Et ratio juris eadem hic est, quæ in casu superiore: nam nec, cum interdicto recuperandæ aut adipiscendæ possessionis agitur, constat, uter è litigatoribus pro possessore haberi, & commodo possessionis frui debeat, priusquam de possessione ex interdicto judicatum sit: hoc autem non constituto non potest petitoria actio institui *l. inter* 62. *ff. de judic.* §. *retinendæ Instit. de interdict.* Nec ad rem pertinet, quod qui possessionem sibi restitui petit, vel nunc primum conatur adipisci, adversarium possessorem agnoscit: nam si rem ipsam & effectum juris spectamus, nemo videtur possidere, qui possessionem retinere non potest, *l. non videtur* 22. *ff. de acq. poss.* Contra vero, qui ad recuperandam aut nanciscendam possessionem actionem habet, perinde habetur, quasi possideret, *l. si quis vi* 17. *pr. ff. eod. l. is qui* 15. *ff. de reg. jur. l. id apud* 143. *ff. de verb. sig.* Proinde sive is revera possidet, bene est; sive non possidet, tamen possessio una cum possessionis commodo ei tribuenda est sententia Judicis: quod si Judex ante omnia non fecerit juste ab eo provocabitur, *l. 1. C. de appellat.* Sed etsi juris auctoritate destitueremur, non aliter tamen respondere possemus propter horum judiciorum contrariam conditionem & finem. Judicii possessorii finis hic est, ut qui eo experitur, possessor judicatus commodo possessionis fruatur, petitorii hæc conditio, ut, qui eo agit, petitoris onus in se suscipiat, quæ cum sint pugnantia, nisi prius de possessione judicatum sit, res exitum habere non potest, *d. l. inter litigantes* 62. *ff. de judic.* §. *retinendæ. Inst. de interdict.* Fingamus actorem in possessorio superiorem esse, inutilis tamen hæc ei victoria est, cum nihilominus petitorio experiens, & in eo perseverans partes petitoris sustinere debeat, quasi commodo possessionis repudiato. Si vincitur, aperte id ei inutile est. Quod si prius in petitorio pronuntietur pro actore, multo minus ulla possessorii utilitas esse potest, cum ex sententia super petitorio lata plenissima restitutio fieri debeat. Illa autem remedia demum vere cumulari dicuntur, ex quorum utroque aliquid consequi possumus. Quod sic injuria fit possidenti, ob eam causam & appellare licitum, *l. 1. C. de appellat.* Adde, quod si eodem tempore & de possessione & simul de proprietate judicabitur, hinc pro actore, ut is possessor pronuntietur, illinc pro reo, ut is declaretur dominus, exibit forma sententiæ, quæ proponitur in *c. cum dilectus ext. de caus. poss. & propriet.* merito irrisa à Donello in *l.* 3. *n.* 8. *Cod. de interdict.* Nam profecto ridiculum est, ut Judex jubeat reum possessionem restituere actori, qui possessor est, & simul eodem momento eademque sententia jubeat eum ipsum actorem restituere possessionem reo, qui dominus est & superior in jure proprietatis. Qui hoc ridiculum esse negant, ne illi ipsi sunt valde ridiculi. Illud autem absurdum non est, ut lite possessionis prius decisa, atque uni possessione, litis de proprietate ordinandæ gratia, tantisper adjudicata, postea de proprietate idem Judex cognoscens petitori, qui se dominum esse in hac lite probavit, possessionem restitui jubeat. Atqui hinc jam intelligimus hanc procedendi rationem non modo esse convenientissimam, sed etiam esse necessariam: quippe qua non observata locus fit provocationi.

Non obstat huic sententiæ *l. cum fundum* 18. §. *ult ff. de vi & de vi armat.* Non enim negamus, quod illic dicitur eum, qui rem vindicare cœpit, posse pendente judicio petitorio, hoc est, interim dum de possessione cognoscitur, dilato, interdicto experiri: sed negamus utrumque posse simul jungi, de utroque simul & eodem tempore Judicem posse cognoscere & judicare. Atqui, inquiens, is, qui semel actionem proposuit, cogitur perseverare ad finem usque litis *auth. qui semel. C. quem. & quant. jud. sent.* Respondeo, qui interdicto de pos-

possessione experitur, pendente rei vindicatione, & interim persecutionem petitorii omittit, is non recusat litem exercere de proprietate, sed recusat in ea lite partes sustinere petitoris, ac se commodo possessoris frui vult, id quod jure postulat, cum sit possessor, nec vindicando (forte per imprudentiam) renuntiasse possessioni videtur, *l. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acq. poss.* Mirum autem in modum huic sententiæ obstare creditur textus in *l. 6. ff. de except. rei jud.* eoque contrariæ sententiæ auctores præcipue nituntur, quasi illic Jurisconsultus aperte diceret judicium petitorium & possessorium diversis quidem & separatis actionibus proponi, sed tamen unam sententiam & unum judicati finem sufficere, ut ad utrumque prosit una & eadem exceptio rei judicatæ. Mihi autem mira hæc videtur loci istius interpretatio, cujus simplex & plana, si qua ullius, sententia est, nempe sufficere ad exceptionem rei judicatæ rem quamque semel sententia Judicis terminatam esse; nec debere eam sententiam apud eundem Judicem retractari. Et obstat magis hic locus contrariæ sententiæ: quod & Anton. Matthæus in *disput. ad l. ordinarii C. de rei vind.* observavit. Nihil etiam adversus sententiam nostram facit locus Justiniani in *Nov. 4. c. 2. vers. contra principale.* ubi licentia datur creditoribus adversus principales debitores pignus pro debito obligatum possidentes utraque actione simul experiundi, & personali & hypothecaria, nam in cumulatione illa actionis personalis & hypothecariæ, de qua illic Justinianus, nihil est præposteri, ut, contra esse ostendimus in cumulatione interdicti cum rei venditione; ut ecce, si creditor eodem libello petat, ut aut centum, quæ sibi ex contractu aliquo debentur, solvantur, aut pignus pro ea summa obligatum, cujus possessio penes debitorem sit, sibi restituatur, in hac cumulatione nihil est, quod ordinationem judicii ejusve exitum impediat; sed probato debito, & pignoris pro eo constitutione, Judex debitorem aut solvere jubebit, aut pignus restituere. Utique enim, quod notandum, disjunctim petitio hic concipienda & libello complectenda est, ut aut solvat debitor, aut pignus restituat; non conjunctim, ut & solvat, & pignus restituat, cum solutione ejus quod debetur, non tantum debitor ipse, sed etiam pignus liberetur, *l. in omnibus* 41. *ff. de sol.* cum similib. Alia urget Cujacius, *lib. 25. obs.* 34. ubi sic argumentatur: Si cœpto & pendente judicio in rem licet agere interdicto uti possidetis, cur non & ab initio utrumque conjungere? Sed, inquam, non sequitur, mutari actio potest, aut interim de alia re disputatur, omitti: ergo cum altera simul jungi & dictari potest, quoniam mutatio nihil habet incommodi *l. 3. C. de edend.* conjunctio & cumulatio plurimum, ut supra probatum est. Inficiatio, inquit Cujacius, & exceptio conjungi possunt hoc modo, *Nihil debeo, & ut debeam pacto mihi debitum remisisti*: ergo ita potest utraque actio conjungi, possessoria & petitoria, *Tu non possides, sed ego; & ut tu possideas, rem meam esse ajo.* Sed mala & hæc Cujacii collectio est. Nam si reus, dum forte de intentione actoris dubitat, utatur & inficiatione & simul depulsione, nihil præpostere facit, aut quod judicii constitutionem exitumve moretur: sed probationis tum hic ordo est, ut prius de sua intentione deceat actor, deinde ad probationem exceptionis tantisper dilatam admittatur reus, *l. 8. l. 9. C. de except.* Sed nec quod reo, cui semper defendi facultas, *l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. except.* permittitur, ut scilicet pluribus defensionibus aut exceptionibus simul & eodem tempore uti posit, *l. 5. l. 8. de except. l. nemo* 43. *de reg. jur.* id continuo & actori concedendum, nempe ut is quoque ex contrario pluribus actionibus simul experiatur, ut jam evicimus. Destinanti rem petere suadet Cajus, ut videat num interdicto aliquo possessionem nancisci queat, quo eam nactus in adversarium transferat onus petitoris, *l. is, qui* 24. *ff. de rei vind.* Sed & qui jam cœpit rem vindicare, potest nihilominus experiri interdicto, uti possidetis, *l. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acq. poss.* At ex hoc loco non recte infertur cumulatio seu conjunctio utriusque judicii. Nam his Jurisconsulti verbis, *Non denegatur interdictum uti possidetis, qui cœpit rem vindicare*, non hoc significatur, posse utrumque judicium cumulari, unaque terminari sententia, ut male putat Fachinæus 8. *controvers. 6.* sed posse eum, qui vindicare cœpit, omisso tantisper petitorio, & interim dum de possessione cognoscitur, suspenso & dilato, interdicto experiri, *l. cum fundum* 18. §. *ult. ff. de vi arm.* ubi *pendente judicio.* Cæterum ex converso pendente judicio possessorio, petitoria actio institui non potest, quia prius possessionis causam decidi oportet, quam ad causam proprietatis veniatur. Plane si quis dum animadvertit in petitorio se melius fundatum esse, possessorio renuntiare & ad causam proprietatis transfire velit, non est dubitandum, quin id ei concedendum sit: nec sententia lata in possessorio præjudicium ullum petitorio facit, *l. 14. §. ult. ff. de except. rei jud.* Jus autem Pontificium hac in re discrepat à jure civili, quod Innocen-

centius Tertius male intellexit, deceptus *l. cum fundum* 18. §. 1. *ff. de vi & vi arm.* ut apparet ex *c. pastoralis ext. de cauf. poff. & prop.* ubi eodem judicio & interdicto recuperandæ seu adipiscendæ possessionis & simul actione in rem experiri permittit, citato dicto juris civilis loco, alii possessoriis judiciis, ut ipse loquitur, in suo robore duraturis, quæ vindicationem dominii sui natura præcedunt qui & Martini & communis error fuit. Sic idem Pontifex in *c.* Raynutius *ext. de testamen.* secutus est communem errorem de duarum quartarum detractione. Apud eundem *c. cum dilectus de cauf. poff. & propriet.* habes deridiculam illam sententiam, quam supra explosimus ad Donellum & Gifanium ad *l.* 3. *C. de interdict.* Papon. *lib.* 8. *tit.* 12. *arrest.* 4. Charond. 4. *resp.* 28.

CAPUT XXXIX.

Exceptio divisionis qualis sit, & quando proponenda?

PLures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ debitæ in solidum singulos teneri, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit, explorati juris est, *l. si plures* 4. *Inst. de fidejuss. l.* 3. *C. eod.* Neque hoc jus mutatum est *Nov. de reis promit.* 99. unde *auth. hoc ita C. de duob. reis.* Recte enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, qua mente id fiat, utrum sicut solidum verbis, ita re quoque promisisse videantur; an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint, cujus dubitationis causam sustulit Justinianus, cavens ne plures ejusdem pecuniæ promittendi rei in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id actum fit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cum horum singuli promittant id, quod reus debet, & quantum debet. Tenentur ergo singuli plurium fidejussorum in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterum hoc beneficium epistola Divi Hadriani illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *d.* §. 4. *Institut. de fidejuss. l. si plures* 27. *l.* 3. *C. eodem.* Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur: competitque non fidejussoribus tantum, verum etiam cæteris accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, *l. ultim. C. de pecun. constitut.* Locus autem est huic beneficio seu exceptioni dividendæ actionis, cum plures sunt fidejussores. Et explosus fuit Advocatus Leydensis Tobias ex Alto, (insignis alioqui & celebris practicus) qui huic exceptioni locum esse contendebat etiam ubi unus tantum fidejussor est, nempe ut actio inter reum principalem & fidejussorem divideretur: de quo integram ille consultationem conscripsit: sed egregie confutatur textu *l. si plures* 27. §. *ult. ff. de fidejuss.* Quid si in pluribus fidejussoribus accipiendis expresse convenerit, ut singuli in solidum teneantur? Nihilominus hoc beneficio gaudebunt, cum etsi hoc adjectum non est, singuli in solidum teneantur, nec conventio ista conditionem juris & constitutionem mutat; postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur: *l.* 3. *de fidejuss.* & secundum hoc Lutetiæ judicatum refert Pap. *l.* 10. *tit.* 4. *arrest.* 23. Cæterum non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgetur, quam si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ, ita & ejusdem debitoris sint fidejussores: inter plures enim diversorum debitorum, licet ejusdem summæ, fidejussores actio non dividitur *l. si plures* 27. §. *ult. l. si à Titio* 43. *ff. eod.* Exemplo fidejussorum datur hoc beneficium & pluribus tutoribus, qui simul tutelam gesserunt, aut quorum nemo gessit, & solvendo sunt, *l.* 1. §. *nunc tractemus* 10. *& seqq. ff. de tut. & rat. distr. l. si plures* 38. *& ibi DD. ff. de admin. tut.* Paul. Mont. *tract. de jur. tut. c.* 39. *num.* 149. Datur & plurium tutorum fidejussoribus, *l.* 6. *l.* 7. *ff. de fidejuss. & nominat. tut.* pluribus autem unius tutoris fidejussoribus non datur, *l. ult. ff. rem pup. salv. for.* ubi & ratio. Enimvero in hac divisione notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed ope exceptionis, *l. inter fidejussores* 26. *ff. de fidejuss.* Inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin & si quis solidum solvisset, partem condicere, tanquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere ostendit, *d. l. inter fidejussores*, & *l. si testamento* 49. §. 1. *ff. eod.* Porro duæ sunt conditiones sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus indulgetur: una est, si fidejussores non negent se fidejussores esse: inficiantibus enim auxilium divisionis dari non placuit, *l. si dubitet* 10. §. 1. *ff. eod.* Altera est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tem-

tempore lis contestatur, §. *si plures Instit. l. inter eos* 51. §. 1. *ff. eod.* Quod placet in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet, primum ut sciamus, si quis è fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, id cæteris qui solvendo sunt, non prodesse: deinde si omnes tempore litis contestatæ solvendo fuerint, & postea aliqui minus idonei esse cœperint, quamvis ante sententiam eam rem ad onus eorum, qui solvendo sunt, non pertinere, *d. l. inter eos*, §. *penul. d.* §. *si plures.*

De illo non convenit, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandum quæ ut actio dividatur. Petrus de Bellabert. putavit hanc exceptionem opponi debere antequam lis cum uno ex fidejussoribus contestata sit; quem & Cynus & alii secuti sunt. Moventur primum eo, quod in §. *si plures, Inst. de fidejuss.* dicitur compelli creditorem partem a singulis fidejussoribus, qui modo solvendo sunt tempore litis contestatæ, petere, si quis autem eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerare: unde recte sibi visi sunt colligere, eodem quoque tempore hanc exceptionem opponendam petendamque actionis divisionem. 2. Per *l. liberorum* 16. *C. de fidejuss.* ubi diserte scriptum est, post litis contestationem petitionem divisam redintegrari juris rationem non pati: ex quo iterum, ut supra, colligunt, post litem contestatam exceptioni divisionis locum non esse. 3. Ex eo quod fidejussori inficianti beneficium divisionis denegatur, *l. si dubites* 10. §. *ff. eod.* litis autem contestatio non nisi negativè a parte ejus qui convenitur fieri potest, *l. 2. C. de jurej. propt. cal. l. rem non novam* 14. §. 1. *C. de jud.* Sed verius est, quod & communiter placuit, etiam post litem contestatam divisionis exceptionem opponi posse, & sufficere si quandoque ante sententiam allegetur, *l. fidejuss.* 10. §. 1. *C. eod.* ubi Alexan. Imp. Vitali ita rescribit. *Ut is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine stipulari solet.* Frivolum autem est quod respondent exceptionem, quæ ante litem contestatam opponitur, utique etiam opponi ante sententiam seu condemnationem; nam utique hoc falsum est, exceptionem, quam ante sententiam opponi sufficit, eam opponendam esse ante litis contestationem. Ait Imperator, *ex ordine postulari solet*, id est servato ordine earum defensionum, quæ fidejussoribus competere solent. Fieri enim potest, ut fidejussor in solidum conventus plures habeat defensiones, aut saltem plures alleget. v. c. si dicat se non teneri, quia reus principalis liberatus sit, vel ipso jure, vel per exceptionem, aut si ex sua persona utatur exceptione vel pacti, vel jurisjurandi, &c. His autem defensionibus cum se exclusum videt, recte atque ordine ad hanc exceptionem confugit, ac desiderat, ut pro parte tantum conveniatur. Hoc vero postulari potest & solet ante sententiam seu condemnationem, ut verba rescripti habent. Non obstat *d.* §. *si plures Instit. de fidejuss.* neque enim hoc ibi dicitur, exceptionem hanc proponendam esse ante litem contestatam: sed hoc solummodo, si tempore litis cum uno contestatæ quidam non sint solvendo, hoc ad onus cæterorum pertinere. Quamvis autem hæc exceptio post litem contestatam allegetur, non eo tamen minus actio inter eos dividi potest, qui tempore litis contestatæ solvendo fuerunt, & dividenda est, si is qui hac exceptione utitur, probet alios quoque eo tempore solvendo fuisse, *l. inter eos* 51. §. 1. *ff. eodem*, Mantic. *de tac. & ambig. conv. lib.* 16. *tit.* 19. *n.* 2. in *d. l. liberum* 16. *C. eod.* proponitur, casus, quo creditor cum omnibus fidejussoribus simul egit, cum singulis autem pro parte; atque ita actionem suam inter fidejussores pro parte cum singulis agendo ipse ultro divisit. Eum autem, qui hoc fecit, respondet Gordianus non posse post litis contestationem actionem divisam instaurare, hoc est, ab eo, qui pro parte conventus erat, solidum non posse petere ex persona eorum, qui solvendo non sunt, aut ab initio solvendo non fuerunt: quia creditor actionem inter fidejussores sponte sua dividendo solidi petitioni renuntiare intelligitur: ac proinde beneficium epistolæ ad hunc non pertinet. Non movet, quod nemo litem contestando deteriorem conditionem suam facit, *l. non solet.* 86. *& seqq. ff. de reg. jur.* Neque enim litis contestatio hoc, quod dicimus, efficit, sed actionis divisio, quamvis illa non nisi lite cum singulis pro parte contestata dividatur. Nimis autem leve est, quod ex *l. decima* §. 1. *ff. de fidejussor.* objicitur, fidejussori inficianti auxilium epistolæ non indulgeri: quippe cum non simplex inficiatio, fidejussores, ab hoc beneficio removeat, puta si negent se teneri, sed si negent se fidejussores esse, si inficientur se fidejussisse. Non utor ad confirmationem nostræ & communis sententiæ argumento vulgari: quod exceptio divisionis sit exceptio peremptoria: quod quidem etsi verum est licet Glossa hæsitet: & magis putet esse anomalam; utique enim perimit intentionem creditoris pro parte, nec ad onus aliorum pertinet, quod actione divisa quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt, *l. inter eos* 51. *pen.* §. *eod.* dubito ta-

tamen an verum sit, quod vulgo traditur, exceptiones peremptorias etiam non contestatas in strictis judiciis usque ad sententiam recte opponi propter *l. 9. de præscript. long. temp. l. 8. l. 9. C. de except. junct. l. ut fundus ff. comm. divid.* quamquam id hodie sublato fere judiciorum bonæ fidei & stricti juris discrimine admitti potest. Sed ut etiam exceptiones peremptoriæ initio litis contestandæ sint, ut ita demum postea ad probationem & disceptationem recte opponantur, quod satis apertè loca citata ostendunt: Vid. Donell. *ad l. 8. C. de except.* sciendum tamen est, quæ de exceptionibus in exordio litis contestandis illic dicuntur, ea pertinere dumtaxat ad exceptiones facti, quibus aliquid factum intendimus, quod proinde etiam probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus 19. ff. de probat.* quæ enim facti quæstionem habent, non possunt intelligi in judicium deduci, nisi facti contestatione. Diversa autem causa est exceptionum juris, hoc est, earum quæ alicui conditione ipsa personæ jure tribuuntur, qualis est exceptio divisionis fidejussoribus epistola D. Hadriani tributa, quod genus contestari necesse non est, sed quandoque ante condemnationem allegari sufficit. Nam auxilium divisionis satis sub appellatione & persona fidejussoris in judicium deducitur, cum fidejussori jure tribuatur hoc ipso quod fidejussor est. Jam autem quæ juris sunt, ea ad officium judicis pertinent, etiam si nominatim à partibus petita non sint, *l. un. C. ut quæ desi. adv. par. jud. supp.* & multo magis igitur, si petita erunt, ut hoc beneficium postulari debere dicimus. Quidam putaverunt exceptionem divisionis etiam post sententiam opponi posse in executione judicati, & hic etiam hæsitat Accursius. Sed bene *DD. comm. in d. l. 10. C. de fidejuss.* Gomez. *2. var. resol. c. 13. n. 15.* Zanger. *tract. de except. part. 3. c. 19. num. 4.* id negant. Cur enim diceret Imperator, ante condemnationem postulari solere, ut actio dividatur, si idem postulare liceat etiam post sententiam, cum jam is, cum quo actum est, in solidum est condemnatus. Sane ratio juris non patitur, ut actio judicati creditori semel in solidum quæsita adversus eum, qui se passus est in solidum condemnari, postea parte dumtaxat oblata ei invito adimatur, per *l. ult. ff. de pact. l. habere 57. in fin. ff. de evict.* quamquam hoc non obstante recte defenditur, posse hanc exceptionem opponi in secunda instantia, licet post priorem sententiam: quia appellatio suspendit, imo extinguit judicatum, & reponit rem in eum statum, in quo erat ante sententiam, *l. 1. §. ult. ff. ad senat. Turpill.* Sichard. *in d. l. 10. num. 13. C. de fidejuss.* Zanger. & Gomez. *ubi supra.* Nihil adversus hæc facit, quod exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus è fidejussoribus condemnatus est, opponi potest, *l. si fidejussores 41. §. 1. ff. de fidejussor.* Nam illa non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. Multum quippe interest, utrum fidejussor condemnatus postulet adhuc actionem dividi cum reliquis fidejussoribus, an actionem adversus eos sibi cedi. Nam qui divisionem postulat, is contra sententiam postulat, ne solidum solvat: qui cessionem desiderat, is declarat se paratum esse solidum secundum sententiam solvere, dum sibi adversus cæteros fidejussores consulatur. Similiter quod in exceptionibus peremptoriis SCtorum Vellejani & Macedoniani, quæ publicæ utilitatis causa maxime introductæ sunt, placuit, ut hæ etiam post sententiam opponi possint, *l. tamen 11. ff. de senat. Maced.* id nequaquam cum Jacobo de Butrio ad exceptionem divisionis trahi debet. Sichard. *in d. l. 10. C. de fidejus. num. 10.* Nihil denique contrarii habet responsum Papiniani in *l. inter eos 51. §. ult. ff. eod.* Loquitur enim de fidejussore damnato non nomine fidejussionis, sed damno capitis, ita ut propter damnationem bona ejus fisco vindicarentur: quo casu potest quidem adhuc creditor adversus alios fidejussores jus suum exequi: sed hic fidejussores recte postulabunt, ut inter eos, qui solvendo sunt, actio dividatur: in quo numero etiam fiscum, qui damnato successit, & hæredis loco est, habendum scribit Papinianus.

CAPUT XXXX.

An fidejussor ad certum tempus acceptus eo tempore elapso obligatus maneat, & quomodo?

ELegans quæstio est, an fidejussor, qui ad tempus pro aliquo spopondit, exacto eo tempore adhuc teneatur, & quomodo? Putamus autem in hac quæstione recte sentire eos, qui negant post tempus definitum fidejussorem sine novo ejus consensu vel ex repetito cum debitore contractu, vel omnino in futurum obstringi: in præteritum verò, seu respectu obligationis, pro qua intervenit, efficaciter obligatum manere. Exempli gratia, Matth. Colerus, ut ipse de se testatur, *de process. exec. p. 1. cap. 10. n. 310.* pro officiali quodam & rationibus ejus in annum fidejusserat. Expleto eo spatio, officium prorogatum, sive ut nunc loquuntur, officiali continuatum est inconsulto Colero fidejussore. Hic dicimus Co-

lerum ex fidejussione sua teneri quidem etiam post annum, quo officium reo prorogatum est, sed tantum de periculo temporis præteriti, seu prioris anni, quo solo fidejussor fuit, non autem temporis futuri seu annorum insequentium. Igitur hoc primum dico, fidejussorem, qui ad certum tempus se obligavit, finito eo tempore, in posterum non teneri, nec ex novo seu iterato cum debitore contractu obligari. Si ratio hujus assertionis quæritur, certum est eum, qui ad tempus fidem suam interponit, nolle post id tempus obstringi: at extra verba & conventionem fidejussio non est extendenda, cum sit contractus stricti juris, *l. quidquid 99. ff. de verb. oblig.* Hering. *de fidejuss. c. 2. n. 50. & c. 24. n. 33.* Et in universum obligatio limitata ad certum tempus non potest invito obligato in longius tempus prorogari, ut bene Ferrar. *in form. libell. cont. plur. reos debend. vers. solutionem facere recusaverunt num. 2.* Hinc rescriptum est, fidejussorem, qui in certum tempus judicio sisti aliquem promisit, in tantum tempus dumtaxat teneri, in quantum se obligavit *l. si fidejussor. 26. vers. nisi in certum tempus C. de fidejussor.* Et responsum, si in primo compromisso per fidejussores cautum fuerit, & iidem in sequenti fidejubere noluerint, alios in eo adhibendi, *l. Labeo 25. §. ult. ff. de recept. arbitr.* Si auctoritas quæritur, notabilis & apertus in hanc rem textus est in *l. si cum Hermes 7. C. de locat.* ubi cum quidam pro alio conductionis temporalis nomine fidem suam obligasset, & conductor finito tempore conductionis sine consensu fidejussoris in conditione detineretur, diserte respondet Alexander, fidejussorem non oportere de posterioris temporis periculo adstringi nempe quoniam alia & nova hic conductio finita priore intervenit, *l. qui ad certum 14. ff. locat.* & consequenter nova obligatio, cujus periculum ad fidejussorem prioris obligationis sine novo ipsius quoque consensu pertinere non potest. Atqui, ajunt nonnulli, pignora prioris obligationis in reconductione obligata manent, *l. legem 16. C. de locat.* pignorum autem & fidejussorum par causa est, *l. promiss. 21. §. ult. ff. de per. constit. l. 1. §. jubet autem 9. ff. de collat. l. 4. §. adduci 8. ff. de fideic. libert.* Respondeo, renovata tacite conductio cum vinculis pignorum renovata censetur, sed nempe ipsius conductoris, qui ultro se in nova obligatione constitui passus est, non autem si alius pro eo in priore conductione res obligavit, sine novo hujus consensu, *l. item quæritur 13. §. ult. ff locat.* ac proinde nec prioris conductionis fidejussores, ea renovata sine novo & expresso eorum consensu in futurum obligantur.

Neque hic nobis objiciat quis, tempus non esse modum tollendi obligationem, *l. obligationem 44. §. 1. ff. de oblig. & act.* nam cum fidejussoribus obligatio certo tempore circumscribitur & limitatur, id non tam eo spectat, ut tempore obligatio finiatur, quam ut ne post illud tempus aut pro alterius temporis obligatione fidejussor teneatur: quemadmodum si cum ducenta deberentur, in centum fidejussor datus est, nemo dixerit fidejussionem respectu residui finitam esse: at sicut summa, ita & dies pars est stipulationis *l. 1. §. 2. ff. de edend.* Ant. Fab. *Cod. suo for. de fidejuss. defin. 25.* Valent. Reimer. *quæst. illustr. dec. 10. c. 4.* Hering. *d. tract. c. 20. §. 18. n. 4. & 5.* Et utique alias in omnem eventum tueri se poterit fidejussor exceptione pacti conventi vel doli mali. *d. l. 44. §. 1. ff. de oblig. & act. l. eum qui 16. §. qui ita 4. ff. de verb. oblig.* In tantum autem hæc vera esse arbitramur, ut etsi fidejussor cautionem sibi reddi post repetitum contractum non postulaverit, nihilomagis ex nova obligatione teneatur. Quippe fidejussio nunquam fit tacitè citra verba & stipulationem, *l. 5. §. 2. ff. de verb. obl. l. blanditus 12. C. de fidejuss.* & translatitium est in fidejussoribus stipulationem loco formæ esse, Hering. *d. tr. c. 11. num. 1. & seqq.* quod ideo hic notare visum, ne quis putet fidejussori necessariam hic esse aut protestationem aut cautionis repetitionem, propterea quod in *d. l. si cum Hermes, C. de locat.* mentio fit repetitæ à fidejussore cautionis: neque enim hoc ideo memoratur, quia id necessarium, sed quia factum fuit, cujusmodi sexcenta alia ex facti contingentia in Codice narrantur à Consultoribus, & in rescriptis iterantur, quæ tamen ad causæ decisionem nihil aut parum faciunt, ut vel leviter in jure versatis notum est. Sic etiam Colerus loco supra citato cautionem suam fidejussoriam se repetiisse memorat, non quia id necessarium putavit, sed quia id fecerat, dubitationis omnis scilicet tollendæ gratia. Quod vero prorogatione solutionis non liberetur fidejussor, qui ad certum tempus se obligavit, id longe aliam rationem habet: multum enim interest inter prorogationem solutionis, quæ fit salva obligatione principali, & prorogationem quam vocant obligationis, quæ est obligationis finitæ novo contractu interveniente revocatio. Sed de eo uberius in *quæst. seq.* Ex converso autem dicimus fidejussorem in proposito firmiter obligatum manere in præteritum, id est, nomine ejus, quod ex causa prioris contractus, pro

quo

quo intervenit, deberi cœpit. Quoniam licèt prior ille contractus expiraverit, obligatio tamen ex eo contractu nata adhuc manet, & tamdiu durat, donec creditori solutum aut aliter ei satisfactum sit. Neque enim tempore obligationes pereunt, *l. obligationum* 44. §. 1. *verf. placet etiam, ff. de oblig. & act.* nisi post triginta annorum curriculum, *l.* 3. *C. de præscr.* 30. *ann. l.* 1. §. 1. *de annal. except.* adde *l. si alienam* 9. §. *omnis pecunia* 5. *ff. de pign. act. l. grege* 13. §. *etiam* 4. *ff. de pignor.* facit *l. nemo pot st.* 35. & *l. seqq. ff. pro soc.* cum similibus. Sed & firmum hujus assertionis argumentum duci potest ex *d. l. si eum Hermes, C. de locat.* Nam cum Imp. illic sic rescribat, non oportere fidejussorem ad certum tempus obligatum de posterioris temporis periculo adstringi, hoc ipso non obscure significat eum adstringi periculo temporis prioris: cui simile habemus in *l. ult. C. in quib. caus. tut. hab.* Nimirum unius exclusio, alterius esse solet inclusio, *l. cum Prætor.* 12. *ff. de judic. l. ex eo* 18. *ff. de testib.* Et argumentum a contrario sensu valide procedit, *l.* 1. *ff de offic. ejus, cui mand. jurisd.* nisi aut manifesta juris ratio aut expressi textus refragentur. Præs. Everh. *in loc. legal. loc.* 82. *n.* 4. Sic fidejussio dicitur in tantum tempus extendi, in quantum attestatio fuerit expressa, *l. sancimus* 27. *verf. tunc enim, C. de fidejuss.* venditor, qui se periculo subjecit designato tempore, in id tempus periculum sustinere, quoad se subjecit, *l.* 1. *ff. de per c. & comm. rei vend.* Denique æque iniquum foret, verbi causa, fidejussorem conductionis in quinquennium factæ teneri ea renovata de sexti anni pensione, quam iniquum foret eum renovatione conductionis liberari in quinquennium præteritum. Alia autem causa est novationis, seu prioris debiti in aliam obligationem conversionis, hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituitur obligatio ut prior perimatur, *l.* 1. *ff. de novat.* §. *præterea* 3. *Inst. quib. mod. toll. oblig.* quippe cujus rei hic effectus est, ut etiam accessiones, & incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, quasi solutione facta, *l. si rem* 31. §. 1. *verf. eo magis ff. de novat.* simul evanescant, & consequenter, ut non in futurum tantum, verum etiam in præteritum fidejussores prioris obligationis liberentur, *l. si creditor.* 15. *l. novatione* 18. *l. aliam* 29. *ff. de novat. l. in omnibus* 43. *ff. de solut. l. ubicumque* 60. *ff. de fidejuss. l.* 4. *C. eod.* Consentiunt Hering. *tract. de fidejuss. c.* 20. §. 18. *n.* 4. & *seqq. junct.* §. 12. *n.* 5. *C.* 7. Ant. Fab. *Cod. for. de fidejuss. dec.* 25. *Specul. lib.* 4. *part.* 3. *de fidejuss.* §. 1. quanquam obscure loquitur. Valent. Reimer. *dec.* 10. *quæst. Illustr. cap.* 4.

CAPUT XLI.

An prorogatio termini solutionis liberet fidejussorem?

VIcina superiori, ac tantum non ex iisdem fundamentis juris decidenda quæstio est, an prorogatione termini solutionis, id est si creditor debitori ignorante fidejussore tempus ad solvendum præstitutum prorogaverit, fidejussor liberetur, Speculator *lib.* 4. *part.* 3. *tit. de fidejuss.* §. 1. *verf. illud autem quæritur*; & ibi Joan. Anar. *in addit.* Ferrar. *in form. libell. contr. plures debend.* §. *solutionem facere recusaverunt*, aliique relati apud Berlich. *part.* 2. *concl.* 25. *n.* 2. putaverunt prorogatione temporis ad solvendum constituti liberari fidejussorem sine ulla distinctione. Alii vero distinguunt, utrum fidejussor simpliciter sine adjectione temporis fidem suam interposuit, an vero ad certum dumtaxat tempus se obligavit: priore casu negant prorogatione solutionis effici, ut fidejussor liberetur, posteriore autem casu contendunt data prorogatione termini fidejussorem liberari. Et hæc est communis Interpretum opinio, ut videre est apud Gomez *lib.* 2. *var. resolut. c.* 13. *n.* 21. Fachin. *lib.* 2. *cont.* 88. Hering. *tract. de fidejuss. c.* 20. §. 12. *num.* 2. & 3. Berlich. *d. p.* 2. *concl.* 25. *num.* 18. cui etiam Fachinæus & Berlichius assentiuntur. Sed verius est neutro casu prorogatione solutionis liberari fidejussorem: nec ullus in jure nostro locus produci potest, quo contrarium probetur, sive fidejussio tempore determinata sit, sive indeterminata. Abutuntur autem Interpretes locis quibusdam, veluti *l. si eum Hermes* 7. *C. de locat. l. item quæritur* 13. §. *ult. ff. eodem.* quippe quibus locis non agitur de prorogatione solutionis, sed de obligationis, pro qua fidejussor intervenerat, finita renovatione: nec illud dicitur fidejussorem ronovata obligatione liberari: sed renovatæ obligationis periculum ad eum non pertinere: cæterum ex priore contractu obligatus esse propterea non desinit, ut superiore capite plene demonstravimus. Igitur si debitori, qui ad certum diem se soluturum promiserat, eoque nomine fidejussorem dederat, creditor inscio fidejussore facultatem solvendi in longius tempus prorogavit, negamus idcirco fidejussorem liberatum videri: cum principalis obligatio salva maneat. Non enim tempus in obligatione fidejussoris appositum est ad finiendam

dam aut limitandam obligationem, quo casu aliud dicendum esset, respectu periculi sequentis temporis, *d. l. si cum Hermes. C. de locat.* sed ad faciendam solutionem & exactionem, Gabriël. *lib. 3. comm. opin. tit. de fidejuss. concl. 3.* Coler. *de process. execut. p. 1. c. 10. n. 2. 98. & seqq.* Nec durior fit conditio fidejussoris. Nam si jamdiu in obligatione mansit, nec diutius manere velit, potest ille sibi consulere ordinario juris remedio, quemadmodum & si reus labi facultatibus inciperet *l.* Lucius 38. *ff. mandat. l. si pro ea 10. C. eod. c. ult. ext. eod.* Quod si nec solvere ipse velit, nec petere adhuc possit, ut à fidejussionis periculo eximatur, boni consulere debet, quod dilationis reo concessæ beneficium sibi commune futurum sit ut tardius ad solutionem urgeatur: nam dilatio reo data, danda etiam est fidejussori, *l. ult* § 1. *C. de usur. rei jud. l. si unus 27. §. 1. ff. de pact.* qui proinde, & ipse tanto plus habiturus sit intermedii temporis & spatii ad solvendum, *l. quod certa 70. ff. de solut.* Ant. Fab. *C. suo for. tit. de fidejuss. defin. 25.* Hering. *d. tract. c. 20. §. 1. n. 6. & seqq.*

Hoc igitur posito, quod prorogatio termini solutionis tantum differat exactionem, & manente principali obligatione moram debitoris dumtaxat tollat, quæ alias & fidejussori, maxime in omnem causam obligato, noceret, *l. si quis 24. §. 1. ff. de usur. l. mora. 88. ff. de verb. oblig. l. quæro 54. ff. locat.* necessario sequitur prorogatione non liberari fidejussorem, sed manere obligatum, sive simpliciter, sive cum adjectione temporis se obstrinxerit: nam prorogatio fit cum omnibus suis accessoriis & qualitatibus, Gomez. & Coler. *ubi supra.* Perez. *ad Cod. tit. de fidejuss. n. 44.* nec ulla hic intervenit aut obligationis finitæ repetitio, ut possit dici in futurum liberatus, sicut in casu, *l. si cum Hermes, C. de locat.* aut novatio, per quam prior obligatio tollatur, nova in locum sublatæ verbis stipulationis substituatur, ut possit dici plenissime atque etiam in præteritum liberatus; qui novationis effectus est, *l. novatione 18. ff. de novat. l. ubicumque 60. ff. de fidejuss. l. 4. C. eod.* Respondet Berlichius, regulam illam; quod prorogatio secum trahit accessiones, de iis tantum accessionibus intelligendam esse, quæ ab ipsius contrahentibus dependent, *arg. l. item quæritur. 13. §. ult. ff. locat.* Sed non animadvertit hac responsione effici, ut & fidejussor, qui simpliciter sine adjectione temporis intervenit, prorogatione termini liberetur: quod tamen & ipse negat & perspicue falsum est. Quod si quis dicat fieri posse, ut data dilatione ad solvendum debitor interim labatur facultatibus: iniquum autem videri, ut factum creditoris fidejussori noceat; is sciat è contrario etiam fieri posse, ut debitor interim facultatibus augeatur, & prorogatio fidejussori prosit; denique dilationes hujusmodi, ex humanitate fere indulgeri solere ad petitionem debitorum, quibus in præsentia solutio difficilis, ut interea temporis pecuniam conficere & solutionem expedire queant, *l. promissor. 21. §. 1. ff. de pecun. constit.* & similib. unde porro & ipse fidejussor hoc commodum sentit, ut nec ille toto eo tempore, quamvis novo beneficio, exceptioni videlicet ordinis & excussionis, renuntiaverit, conveniri possit. Denique potest fidejussor, reo moram nectente ipse in tempore solutionem offerre, & quod pro eo solvit, actione mandati, dum adhuc idoneus est, repetere, *l. idemque 10. §. fidejussores 11. ff. mandat. l. mora 88. ff. de verb. oblig.* Errant autem illi, qui putant fidejussorem liberari, si creditori denuntiaverit, ut debitorem in tempore ad solvendum compelleret, isque dum cessat, debitor desierit esse solvendo. Nam in fidejussore subsidiario (quem vulgo fidejussorem indemnitatis quanquam improprie vocant) singulare hoc est, ut si creditorem opportune commonuit de exigendo debitore, & creditore cessante debitor fortunis exutus est, recte recuset actionem contra se creditori dari, *l. si fidejussores 41. pr. ff. de fidejuss.* Secus autem est in fidejussore simplici, per textum expressum in *l. si fidejussor. 62. ff. eod.* Nec obscura est diversi juris ratio. Nam fidejussor indemnitatis non idem promittit, quod reus debet, sed quod à reo servari non poterit: ut hujus fidejussoris obligatio conditionalis sit, nec prius ex natura conventionis cum eo agi possit quam facultates rei ex causa judicati excussæ sint, ut certo constet eum non habere, unde solvat, *l. decem stipulatus 116. ff. de verb. oblig.* Quare si talis fidejussor, quod ei conditio stipulationis permittit, creditorem tempestive monuerit, ut debitorem exigeret, & creditore cessante, ille postea solvendo esse desierit, perinde hoc habendum ac si non contigisset, quoniam suum à debitore servare potuit, & monitus debuit, *arg. l. 155. & l. 161. ff. de reg. jur.* At cæteri fidejussores idem, quod reus principalis, promittunt, & statim ab initio una cum reo obligantur, ut nulla sit in hujusmodi fidejussoribus conditio, quæ creditorem certo tempore cum reo agere cogat, & cessantem cum fidejussore prohibeat. Zas. Donell. Costal. & *DD. comm. in l. ult. ff. de reb. trad. & in d. l. decem stipulatus.* Gail. 2. *obs.* 27. *n.*

27.*n.*13.Gomez. 2.*resolut. c.* 13. *n.*9. Cæterum aliud dicendum videtur post constitutionem Justiniani de fidejussoribus non conveniendis, nisi post reum principalem excussum, *Nov.* 4. *auth. præsente. C. de fidejuss.* ut jam omnis fidejussor, propter beneficium ordinis & excussionis, in subsidium obligatus videri possit, nisi huic beneficio renuntiaverit, & consequenter, si denuntiaverit creditori, ut debitorem in tempore conveniret, & illo moram interponente debitor inidoneus factus sit, recte eum postulare, ne contra se actio detur, *arg. d. l. fidejussores* 41. *ff. de fidejuss. ita* Gomez. *d. c.* 13. *n.* 9. *post* Baldum *in l. ult. ff. de reb. cred.* Paul. Castr. *in d. l. si fidejussores col.* 1. Panorm. *in C. fin. ext. de fidejuss.* Sed vix est, ut hoc iis largiri possim. Neque enim hoc vult Justinianus *d. Nov.* 4. ut fidejussores simpliciter accepti id quod promiserunt, debeant sub conditione, si creditor id à reo servare non possit, sed cum simpliciter, ut ante, obligati maneant, hoc beneficium iis tribuit, ut non prius à creditore efficaciter conveniri possint, quam ille cum reo principali egerit, eumque excusserit. Quamobrem dum creditor hoc faciat aliquando, satisfacit constitutioni: nec ab illo exigendum, ut certo tempore præcise cum reo experiatur, contra formam stipulationis, & veteris juris, quod proponitur in *l.* 62. *ff. de fidejuss.* nec *d. Nov.* 4. mutatur, rationem: denique contra regulam vulgo receptam, ut nemo invitus agere cogatur, *tit. C. ut nem. invit.* Plures differentias inter fidejussorem simplicem & subsidiarium, quæ hodieque manent, reperies apud *DD. in l. ult pr. ff. de reb. cred.* præsertim apud Zasium, *ibid. n.* 3. *& seqq.*

FINIS SELECTARUM.

Si-

SIMONIS VINNII, ARN. FIL.
ORATIO
DE CONSTANTIA JURIS NATURÆ,

Recitata cum Doctor V.I. publice renuntiaretur postrid. Kalend. Decemb. CIↃ IↃC XLVIII.

SI eorum, quæ oratione tractantur, magnitudo & præstantia non aliunde, quam ex ejus, qui de iis disserit, doctrina & dicendi copia ponderetur, magnopere mihi verendum esset, Auditores, ne hodierno die in hoc augustissimo & ad dicendum amplissimo loco splendor ac dignitas maximarum pulcherrimarumque rerum ingenii mei tenuitate & sermonis inopia minueretur. Nam cum more majorum verba ad vos facturus oratione mea adoriri constituerim magnos illos Philosophos, Protagoram, Aristonem, Pyrrhonem, nec non Trasymathum illum Platonis, & cæteros, qui contendunt jus nullum esse re ipsa, nullum, quod naturæ decreto constitutum sit, sed justum omne & æquum à sola hominum opinione & potentiorum placito profectum esse; facile animadverti longe gravissimam oblatam mihi esse materiam & ad falsam hanc sententiam, ut ut magnam veri præ se fert speciem, confutandam ac profligandam, & ad ostendendum quid revera sit jus, quid æquum & bonum, quid justum & honestum. Hæc autem omnia si quis ita se tractare posse confidat, ut rerum magnitudini orationis pulchritudo respondeat, eum oportet aut ita exercitatum esse in dicendo, ut facultate sua fretus nihil sibi difficile atque arduum putet; aut ita imperitum, ut errore ductus rerum pondera & momenta satis acute atque intelligenter perspicere ac dijudicare non posit. Neque mihi nunc ulla alia res perculsum ac debilitatum in hac cogitatione animum erigit ac confirmat, quam quod apud eos viros loquendum est, qui & ea sapientia sunt, ut quanti quæque res sit, ex natura ipsius, non ex iis, quæ de ea dicuntur, ponderent, & ea lenitate ac mansuetudine, ut iis, qui potius, quam officium deserant, ejus onere opprimi malunt, facile ac libenter ignoscant.

Non sine causa à docto quodam viro dictum est, opinionem sacrum morbum esse: quippe quæ adeo potens est in rebus humanis, ut nacta semel consuetudinem abeat in mores, & diuturnitate temporis vim obtineat naturæ. Hinc fluxit vetus eorum error, qui putaverunt sola opinione, non etiam natura jus omne constare. Videbant enim non idem apud omnes jus esse, non idem æquum & bonum, sed alium alio jure populum, & fere suo quemque uti. Apud Persas & Macedonas constituta fuit adversus ingratos actio: cum apud alios populos malum hoc fuerit impunitum. In seditione populari, qui neutrarum erat partium, tenebatur lege Solonis, cum is cæterarum civitatum institutis, probi quietique civis laude cumularetur. Lacedæmonii & Ægyptii furta permiserunt, quæ apud alios passim prohibita, apud Athenienses ex lege Draconis etiam pœna capitis multata sunt; sicut & hodie nonnunquam furca laqueoque fures ulciscimur. Ex rapto olim vixere Cilices; Massagetæ communes uxores habuerunt: apud Persas matribus & filiabus misceri jus fasque fuit; quæ res aliis non horrenda modo, sed etiam odio digna, crudelique supplicio visa est. Possem sexcenta alia id genus exempla proferre, nisi id & otiosum esset & infinitum.

Non est autem quod hæc valde miremur in tanta populorum multitudine, quorum fere singulorum varia est & diversa indoles in una atque eadem sæpe civitate & perbrevi tempore videmus leges ipsas mutari, corrigi & antiquari. Hinc tam multæ & frequentes earum abrogationes, derogationes, obrogationes, tot plerumque earum inter se repugnantiæ & dissensiones. Sed & in rebus honestis, quarum proxima est cum justis cognatio, animadvertere est, more tantum & consuetudine quadam hominum inductas esse, cum nullum earum sit in natura discrimen. Persis turpe habebatur spuere, quid in reliquis populis non sit inhoneste. Corporis nonnullis partibus tantus additus est pudor, ut quædam omnino non appellentur suis nominibus: aliæ appellentur quidem, fedita, ut honos præfandus sit: at istam verborum verecundiam, ut stultam & puerilem, exploserunt Stoici, qui nihil putabant turpe esse dictu, sed omnem turpitudinem in rebus ipsis & factis, non in verbis & voce consistere. Ex his omnibus jam effici videtur, totam istam justi & injusti, turpis & honesti distin-

stin-

ſtinctionem nullam re ipſa eſſe, ſed injuſta & turpia ea tantummodo duci, quæ legibus aut moribus cujuſque populi prohibentur: quæ prohibitio ſi tollatur, aut contrario hominum uſu paulatim antiquetur, jam vel naturæ conſenſu juſta fore & honeſta. Et eſt profecto hæc opinio non ficta, aut diſputationis dumtaxat cauſa in ſcholis Philoſophorum agitata, ut pleræque aliæ; ſed habuit aſſertores ſuos plurimos, eoſque magnos viros & doctos imprimis, à quibus diu multumque ſerio defenſa eſt. Habuit Protagoram, magis etiam Ariſtonem & Pyrrhonem, qui hoc non diſputationis gratia aſſeruerunt, verum quod ita ſe rem habere plane ſibi perſuaſerant. Habuit & Traſymachum illum Platonis, qui jus nihil aliud eſſe dicebat, quam quod placet & utile eſt potentiori: ac proinde quodcumque is, qui plus poſſet, lege ſua juberet & vetaret, jus eſſe, & quidem ſolum jus, neque ullam in eo eſſe naturæ veritatem.

Jam vero quod ab ipſa natura proficiſcitur, conſtans eſt & æternum, ſemper & ubique idem, nunquam ſibi repugnans, nunquam contrarium, nullo temporis curſu mutabile. Ignis ubique gentium & ſemper urit. Nix apud omnes & omnibus alba eſt. Non magis Germanis & Gallis ſymphoniæ jucundus auditus, non rerum bene olentium odor magis ſuavis, quam Indis & Garamantibus, aut contrariorum ſenſus magis contrarius. Hoc modo ſi jus non inſtitutum, ſed natum eſſet, quod quibuſdam juſtum eſt, id apud omnes pro juſto haberetur colereturque, & ſicut iiſdem ſenſibus, iiſdem etiam juſſis vetitiſque omnes uteremur. Itaque cum multi ſummo ingenio ſingularique doctrina homines ſemper in hoc ſtudio elaborarint, ac plures fortaſſe etiam quam in alia ſcientia, nemo tamen inventus è veteribus eſt, qui eam arte concludere conatus fuit, ſed tantum quiſque ex diſperſis & dejectis partibus decerpſit, quantum potuit aut judicio ſuo aſſequi, aut memoria comprehendere. Unde, ut videre eſt in eorum libris, non tam artificio ullo inſtructi, quam adjuti à natura, & legum, quam habebant, veterum memoria, quid juſtum vel injuſtum, reſpondebant. Et tamen quam plauſibile & glorioſum authori ſuo id opus futurum fuiſſet, argumento eſt libertus Appii Claudii Cn. Flavius, qui ob expoſitas populo actiones, tantam in civitate gratiam eſt conſecutus, ut Ædilis Curulis crearetur. Sed bene viderunt viri excellentes & callidi, non poſſe in formam artis jus civile redigi, cum totum ſitum ſit in hominum inſtitutis, quæ & incerta ſemper, & ad diſcendum cuique ſunt facillima. Quare Juriſconſultorum memoria omnium in ore eſt, tanquam quæ ipſis aut ſola ſit, aut maxime neceſſaria, cum in cæterarum artium profeſſoribus artificium quoddam & acumen ingenii deſideretur: ut qui jura & inſtituta, quibus privati in quaque civitate utuntur, & actionum judiciorumque formulas memoria teneat, is in medio foro verſari, atque in judicum tribunalibus regnare poſſit, magna cum opinione juris ſcientiæ. Quod ipſum & multis olim, ut Aculeoni aliiſque, de quibus teſtatur Cicero, & noſtra quoque tempeſtate uſuveniſſe conſtat, qui in turba illa Forenſi & litigioſa multos annos verſati, nomen habuerunt magnorum patronorum & juriſconſultorum, cum eſſent omnium litterarum rudes, & hujus civilis ſcientiæ ignorantiſsimi.

Atque hæc fere ſunt argumenta eorum, qui opinione hominum jus eſſe conſtitutum putant, non decreto naturæ. Equidem fateor belle hæc ab iis, & vere etiam magna ex parte dici, ad probandum vero id quod volunt, accommodate nequaquam. Aiunt jus natura nullum eſſe, idque oſtendunt ab inſtitutis hominum, quæ inter ſe ſunt diſsimilia, cum natura ſui ſit ſemper ſimilis: quaſi vero id quod juſtum eſt, ex ſolis legibus & ſcitis populorum æſtimandum ſit, ac non potius ex eo, quod juſtum eſſe dictat ipſa naturalis ratio, ſeu inſita animis hominum ac divinitus impreſſa juſti & injuſti notitia. Eſt ſane id jus, quod poſitum eſt in legibus & populorum inſtitutis, varium & incertum, atque ad quamlibet rerum oportunitatem mutabile. Nam cum ad cujuſque populi indolem ac mores pro loci & temporum ratione accommodetur, fieri aliter non poteſt, quin diverſum diverſis civitatibus & populis ſtatuatur: tum & ipſa temporum mutatio ac neceſſitas ſæpe juſtam affert mutandæ legis occaſionem. Pulchre Cæcilius JCtus apud Agellium, Ab optimis, inquit, Rerumpubl. gubernatoribus legum oportunitates & medelæ pro temporum & Rerump. generibus, ac pro utilitatum præſentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum eſt, fervoribus mutantur atque flectuntur, neque uno ſtatu conſiſtunt: quin ut facies cœli & maris, ita rerum atque fortunæ temporibus variantur. Lucius Valerius apud Livium, Quas tempora, inquit, aliqua deſideraverunt leges, mortales & temporibus ipſis mutabiles eſſe video: quæ in pace latæ ſunt, plerumque bellum abrogat; quæ in bello, pax. Prudentes & eruditi Medici non eadem omnibus ægrotis, ſed aliis alia, atque adeo contraria plerumque pharmaca applicent: ad eundem modum ſapientes quoque legum conditores leges ipſas ad indolem & mores cujuſque populi adaptare debent, perſona-

narum, causæ, loci, temporisque semper habita ratione: nam si nullo judicio, nulloque rerum, personarum, locorum & temporum habito delectu actiones humanæ sive publicæ, sive privatæ ordinentur, acri sane dignaque reprehensione carere non possunt. Neque enim probanda est Cleonis apud Thucydidem sententia, qui melius agi cum Republic. aut civitate dicebat, quæ malis legibus, dummodo constanter, quam cum ea, quæ bonis, sed inconstanter utatur. Quod vero jus ipsa humana ratio constituit, id ut per se justum & æquum est, ita & per se & suapte natura constans, perpetuum atque unum est. Sed & quamvis non omnes legislatores idem semper statuant, idem tamen omnes sibi propositum habent, salutem scil. civium & Reip. utilitatem. Una, inquam, semper est aut esse debet legislatorum omium mens, ut æquitate constituenda cives suos ad primam illam & immutabilem naturæ justitiam revocent, quam si legibus scriptis exprimere nequeant, voluntate certe proxime accedunt. Ac ne illud quidem existimandum est, omnia esse justa, quæ sita sunt in populorum institutis aut legibus. An si quæ leges essent Tyrannorum, si triginta illi Athenis leges imponere voluissent, aut si omnes Athenienses tyrannicis legibus delectarentur, num idcirco hæ leges justæ haberenrur? Si furta, si adulteria aliave flagitia apud quosdam populos impunita fuerunt; si sint gentes, in quibus & nato genitrix, & nata parenti jungitur, an harum gentium barbari mores & pravum judicium efficere possunt, ut id, quod natura justum aut injustum est, tale esse desinat? Quid quod neque illi ipsi quos diximus Lacedæmonii furta rerum omnium permiserunt, sed eduliorum tantum, neque omnibus furari, sed junioribus dumtaxat, quos furtim sibi alimenta comparare voluerunt, ut acuerent industriam, discerentque à pueris noctu vigilare, interdiu fallere, insidias struere, exploratores habere; ita adultos bello meliores fore existimantes, testibus Xenophonte & Agellio: quanquam in eo stulti, quod furtorum consuetudine potius, quam virtutis amore & studio, veram ingenerati fortitudinem crediderunt.

Quæ justorum eadem & honestorum distinctio est; quædam enim natura talia sunt, quædam vitæ communis usu introducta. Illa perpetua sunt, apud omnes ubique & semper honesta. In iis autem, quæ hominum consuetudine inductæ sunt honestates, tanta variatio est & dissimilitudo, quanta est in ipsis moribus, qui pro cujusque gentis dispari cultu & victu, varii & dispares constituuntur.

Quod vero de sensibus afferunt, cunctis eos hominibus & quocumque in loco eosdem esse, verum est cum sani sunt & valentes, nec ulla re alia impediunrur. At remum in aqua judicamus inflexum esse, & nimio æstu laboranribus tepent frigida, & febre correpti vini suavitatem non sentiunt. Sunt & in hominibus, qui clarius cernunt, sunt qui liquidius audiunt, sunt qui odorantur sagacius, nec quisquam fere est, qui non proprii aliquid habeat in sensibus: & tamen eadem & una sensuum vis omnibus ingenita est, quamvis ea in unoquoque valeat pro suæ dumtaxat facultatis ratione.

Similiter mens humana multis sæpe est occæcata erroribus, nec semper verum à falso potest discernere; sed in eo subinde fallitur non tam rerum ipsarum incertitudine, quæ nulla est, quam judicii imbecillitate & ignorantia. Neque tamen propterea putandum est mutari naturam; sed cum una sit & simplex, diversa nihilominus & multiplex affectis diverse animis apparet. Qui plus ingenio & doctrina possunt, rectius omnia judicant; qui utroque aut altero destituuntur, offendunt sæpissime. Ut in cantu multa exaudiunt Musici, quæ fugiunt ejus artis imperitos; & plurima non videmus in picturis, quæ vident Apelles & Parrhasii: neque ramen alia est pictura indoctis, alia doctis hominibus; sed ab iis, cum sit eadem, non eodem illorum aspectu sentitur.

Jus ipsum quidem per se nudum & apertum est, sibi constans, & jam tum à principio sui generis æterna lege definitum: sed id ad usus hominum & mores, qui varii sunt & incerti, accommodare & difficile est & arduum. Atque ex eo fit, ut non idem sit de eo omnium judicium, aliudque alii faciendum videatur, aut non faciendum. Id vero accidere in rebus tam obscuris nemini mirum videri debet, cum ipsi sensus, quorum adeo clara sunt & certa judicia, persæpe hallucinentur. Nam Protagoræ jam pridem explosa sententia est, qui quicquid videtur tale esse dicebat, quale videretur; remum in aqua inflexum esse, quia talis apparet; & vinum ægroto acerbum, valenti suave esse, quia iis ejusmodi esse videatur. Idque probabat à rebus justis, quasi non alia de causa justæ essent, quam quod legislatoris opinione pro justis haberentur; abrogata lege tales esse & haberi desinerent: quo necio an quicquam dici possit absurdius: neque enim juris aut rerum stabilitas vacillat, sed fallimur opinione & sensibus, dum illa prava est, hi corrupti. Quod si removerentur omnia, quæ obstant & impediunt, quominus suo quodque naturali munere fungi perfecte possit, neque nobis unquam falsa persuasio imponeret, neque de pravatus sensus deciperet, & omnium esset de omnibus

cer-

certum & idem judicium: denique jus æque coleretur ab omnibus. Postremo nec illud satis argumenti est, sola hominum inventione jus excogitatum esse, quod nulla dum arte sit conclusum. Multa enim sunt in rerum natura, quæ partim adhuc ignorantur, partim dissipata jacent & dispersa sine artificio, quæ tamen propterea dici non possunt vere non existere. Ac ne illud quidem verum est, non posse jus alicujus populi in artem redigi: nam si, ut ait Tullius, quæ longo negotiorum usu & Rerumpub. administrationibus observata sunt, hæc ab hominibus peritis animadversa & notata, verbis designata, generibus illustrata, partibus fuerint distributa, non intelligo quamobrem non, si minus subtili quadam definitione, aut utique vulgari opinione ars esse videatur, aut certe artis quædam simplitudo & simulachrum. Quamobrem, ut ut ista quæ objiciuntur, qualem qualem fucum habeant, non adeo tamen plausibilia videri debent, ut à Platonis, Cyrsippi, Ciceronis, aliorumque sapientissimorum hominum sententia dimoveamur, qui non ab hominum opinione, sed à naturæ decreto jus fluxisse rectissime censuerunt. Nimirum fons legum omnium morumque natura est; finis ad quem ducimur ea ipsa natura est, natura, inquam, hominis, quam rectam rationem appellamus: nihilque revera justum aut honestum est, nisi quod huic rectæ rationi sit consentaneum; quamquam quid opus est rectum addere, cum quæ non sit recta ratio, eadem ne ratio quidem sit. Ut simia semper est simia, etiamsi purpura induatur; sic injustitia semper est injustitia, etsi ex legis auctoritate similitudinem quandam gerit speciemque justitiæ. Omnium, inquit M. Tullius, quæ in doctissimorum hominum disputatione versantur, nihil est præstabilius, quam plane intelligi nos ad justitiam esse natos, neque opinione, sed natura jus constitutum esse, atque hujus rei evidentissimum esse argumentum, quod etiam homines nullis artibus edocti, sed sola notione, quam eis indidit natura, rationis sunt participes: cui autem rationem natura dedit, ei, inquit, & rectam rationem contulit: ergo & legem, cum lex nihil aliud sit, quam recta & à Numine Deorum tracta ratio, præcipiens honesta, & vetans contraria. Omnibus igitur ratio, omnibus lex, & omnibus jus à natura datum est. Hoc autem jus semper & ubique justum est & fuit: nec aliud hic, aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc est, aliud posthac erit: nam ut recta ratio insita à natura & diffusa in omnes constans est & sempiterna, ita & quod ea præscribit, semper atque ex se justum est atque immortale. Quamobrem nec quod hoc jure prohibetur, juberi potest: nec quod jubetur, vetari, vimque suam perpetuo retinent in obligandis conscientiis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc constantia atque immutabilitas præcipue elucet.

Juveni ad præclara nato.

SIMONI VINNIO, ARN. FIL.

Cum supremos in utroque Jure honores consequeretur.

Vinni sedule, digne laude VINNI,
Primam Delius & Themis juventam
Cui pallentibus abstulere curis;
Cui tot solicitas lucerna noctes
Duxit per vigil, ebriumque olivo
Lychnum Lucifer haud semel notavit;
Quem sæpe Aoniæ lyra vacantem
Vidit Cynthia, desidesque somnos
Damnavit Deo Latmii mariti.
Iam te continuo manet labori
Merces debita, teque Fama, VINNI,
Vitro te meriti ambiunt honores;
Æquis passibus & vocanti iturum
Per vestigia, queis peregit orbem
Splendor nominis inclytus paterni.
Quo cretus genitore sis videto,
In te quem venerabimur renatum,
VINNI *sedule. Cernis, ut procantem*
Procetur Themis & trahat trahentem,
Omni vix aliis emenda voto,
Quam sponte obvia, quam benigna vobis!
Totam muneris hanc habes paterni.

NICOLAUS HEINSIUS.

Τῷ Λογιωτάτῳ καὶ Πολυμαθεστάτῳ
ΣΙΜΟΝΙ ΤΩι ΒΙΝΝΙΩι.
τοῦ Ἐνδοξοτάτου τῶν Νόμων Ἐξηγητοῦ
ΑΡΝΟΛΔΟΥ ΒΙΝΝΙΟΥ Υἱῷ πεπαιδευμένῳ
ἐν τῷ πολυθρυλλήτῳ τῶν Βαταβῶν Λυκείῳ
ΝΟΜΟΔΙΔΑΣΚΑΛΩι κατ' ἀξίαν
ἀναγορευθέντι.

Τὸν καλὸν ἠβητῆρα, τὸν ἄγλαον ἀστέρα τῆς πάτρης,
Χαρμοσύνην τοκῆος καὶ φίλον ὄμμα Πατρὸς,
Τὸν πολιοῖς γεραρὸν σοφὸν ἀστῆρα Θέμιδος,
Ἄσχετον ἀνδρομένης ἔρμα δικαιοσύνης.
Τὸν γλώσσας τὰς δεδαῶτα, ὅσας οὐκ ἄλλος ὁμῆλιξ,
Ἑβραϊκὴν, Ἀράβων, καὶ Σολύμης λαλιήν.
Τοῖον ἰδοῦσα νέον Θέμις, ἱμερόεντα μαθητὴν
Εὐνομίης ἄκρην δρεψάμενον κορυφὴν,
Καὶ Πατρὸς ἠγαθέοιο περικλυτὸν αἷμα, ἄεθλα
Ἄξια τοσσατίης προσδοκάασι ἀρετῆς,
Δῶκε γέρας περίπυστον, ἐπεὶ γὰρ θέμις ἦεν.
Τοῖς νομικοῖσι νέμειν ἄθλα θεμιστὰ ΘΕΜΙΝ.

E. SPANHEMIUS, FRID. FIL.

SIMONIS VINNII, ARN. FIL. J. U. D.

ORATIO

DE SAPIENTIA ROMANORUM

In jure constituendo, reddendo, interpretando, habita Idib. Januarii, CIↃ IↃC LI.

FUit olim proverbium hoc, Auditores spectatissimi, tota Græcia celeberrimum maximeque usurpatum, ἔλαχες σπάρταν, κόσμει, Spartam nactus es, hanc exorna. Cujus proverbii origo primum ab ipsis Spartanis civibus nata sese inter se ad civitatis suæ dignitatem pro virili amplificandam communi ista & populari voce cohortantibus post vero ita celebratum est, ut ad quasvis honestas & probatas functiones accommodaretur. Quam ego vocem cum ad me quoque pertinere existimarem, non committendum putavi, ut eam omnino neglexisse, aut pro nihilo habuisse videri possim. Concessa mihi potestas est à Nobilissimis inclytæ hujus Academiæ Curatoribus, nec non Collegis eorum florentissima hujus urbis Consulibus, duos illos Pandectarum seu Digestorum juris epilogos, quorum alteri titulus est de verborum significatione, alteri de diversis regulis juris antiqui, publice interpretandi, iis nempe diebus, quibus Clarissimi Professores à lectionibus publicis abstinere solent. Cæterum ne illotis, quod aiunt, pedibus hanc provinciam dicar ingressus, pro ea, quæ moribus usuque recepta est, consuetudine, priusquam ad ipsam interpretationem accedam, verba ad vos ex hoc loco mihi facienda duxi, deque illustri aliquo argumento more à majoribus per manus tradito differendum. Putavi autem non usque adeo alienum ab instituto hoc nostro fore, si de singulari illa pop. Rom. sapientia, qua usus est cum in legibus ferendis, & jure constituendo, tum in eo reddendo interpretandoque, in præsentia differtarem. Quam utique admirabilem fuisse necesse est, cum etiam nunc, quotquot sunt respublicæ bene constitutæ, leges & jus civile Romanorum venerentur; atque ad hujus normam ultro se hodie componat orbis Christianus. Non repetam rem à primordio urbis, à legibus Romuli aut Numæ, verum à decemvirali illa, quam merito fontem dixeris omnis publici privatique juris.

Exactis urbe regibus, pop. Romanus aliquandiu incerto magis jure & consuetudine usus est, quam legibus latis, utpote legibus regiis una cum tyrannide pulsis, abolitisque lege Tribunitiâ, latâ à Junio Bruto Tribuno Celerum, eo ipso, qui & reges ejecerat. Sed cum ea res materiam litium civibus præberet, magnasque sæpe excitaret contentiones, placuit tandem, nec ita multò post, certas ferri & stabiles leges, ad quarum præscriptum tum publice universi, tum privatim singuli se conformarent.

Sciebant prudentissimi mortales, non quicquid ubique egregium est, id in unius populi legibus aut moribus reperiri: quam ob causam nec unius tantum civitatis jura cognoscere voluerunt, sed plurium, earumque sapientissimarum, atque ex omnium harum institutis, quod usquam speciosum, decerpere atque ad se transferre. Qua in re imitati videntur exemplum Zeuxidis Heracleotæ pectoris nobilissimi, qui cum Helenam Crotaniatis pingendam suscepisset, petiit ab iis, ut virginum, quas haberent formosissimas, sibi inspiciendarum copia fieret, ex quibus, de publico consilio omnibus in unum locum conductis, ille quinque excellentis formæ delegit, ut quod in singulis laudatissimum erat, pictura redderet: neque enim putabat omnia quæ ad venustatem quæreret, uno in corpore se reperire posse.

Miserunt igitur legatos in Græciam ad illas omnium doctrinarum inventrices Athenas, qui inclytas Solonis leges describerent, quas ille unus è septem sapientibus Græciæ, & eorum facilè princeps, Atheniensibus scripserat, sublatis prioribus Draconis, in quibus nihil fuisse fertur memorabile præter pœnarum acerbitatem. Misere Lacedæmona, qui ediscerent leges Lycurgi, quas ille Spartanis tulisse fertur, adhibito prius in consilium Deo. Misere & ad alias urbes Græcas, non modo quæ in Græcia, sed & quæ in Italia erant, ut omnium harum civitatum leges, instituta, moresque explorararent. Misere in Hetruriam, qui religiosa Tuscorum cognoscerent, quo ritu urbes condantur, aræ, ædes sacrentur, qua sanctitate muri, quo jure portæ sint, aliaque ejusmodi, quæ libris ritualibus religiosissimæ gentis continebantur. Ex tot clarissimarum civitatum insti-

ftitutis & legibus, fimul ex eo jure, quod civitatis Romanæ proprium fuerat, delectis, quæ usquam egregia, conflatum à Decemviris est jus civile Quiritium, compofitæque illæ tantopere celebratæ leges XII. tabularum. Nos quidem harum legum nihil præter fragmenta quædam & rudera habemus. Cæterum hoc conftat, tripertitam fuisse XII. tabularum divifionem: prima parte comprehensum id jus, quod ad facra & religiones pertinet, veluti Pontificium, & augurale: altera jus publicum, spectans ad fummam Reip. ad poteftatem populi in bello paceve decernenda, in magiftratibus creandis, legibus jubendis aut antiquandis, privilegiis irrogandis: tertia, jus privatum, hoc eft, id jus, quod cujufque civis utilitatem privatim respicit, atque in hanc partem, quæ longe maxima fuit, jura rerum acquirendarum, possessionum, hereditatum, obligationum, actionum, cæterorumque, quæ ad rem familiarem cujusque pertinent, relata fuisse. Non temere igitur Marc. Tullius in persona Luc. Crafsi disputans dixit, totam civilem fapientiam bene descriptis omnibus civitatis utilitatibus ac partibus, XII. tabulis contineri: adeoque fi quis cum Græcorum Lycurgo, Dracone, Solone Romanas leges conferre voluerit, eum facillime intellecturum, quam jus omne civile præter unum Romanorum, inconditum fit ac pene ridiculum.

Procedente tempore jus civitatis adauctum, latæ & aliæ leges & plebiscita pro legibus accepta. Cæterum etiam in hoc legum cumulo fons omnis facri & humani juris manfit lex XII. tabularum. Porro ad commendationem juris Romanorum plurimum valuit ea pars, quæ pofita eft in jure dicundo interpretandoque. Jus dicentis officium latifsime patere voluerunt, nec confiftere tantum in jure conftituto privatim fingulis poftulantibus reddendo, verum etiam in jure edictis publice univerfis proponendo, ac velut conftituendo, facta magiftratibus poteftate, ea, quæ à legibus & jure civili proficifcebantur, mitigandi, fupplendi, adjuvandi, corrigendi, prout aut naturalis æquitas, aut utilitas publica poftulare videtur, falva populi legumque majeftate: quod jus honorarium appellaverunt, & vivam esse vocem juris civilis Marcianus Jurifconf. fcripfit. Illud vero præcipue & auctoritatem legibus Romanor. attulit, & ftabilitatem, quod magno in honore ac pretio apud eos femper fuit juris conftituti cognitio atque interpretatio. Sciebant enim non fatis confuli civibus fola legum fanctione, nifi fint in civitate qui vim legum intelligant, easque interpretari, atque in infinita rerum & negotiorum varietate populo de jure refpondere pofsint: qui quafi cuftodes fint juris civilis, quorumque auctoritate fua confervetur legibus auctoritas, atque ad pofteros transmittatur. Itaque huic muneri præesse voluerunt amplifsimos quofque & clarifsimos viros, ipfa civitatis lumina, Claudios, Scipiones, Mucios, Catones, Brutos, Craffos, Lucilios, Gallos, Sulpitios, aliofque plures, quos omnes conftat juris civilis fcientiam profeffos esse, interpretando, refpondendo, plerofque etiam docendo, difputando, fcribendo. Ecquam autem aliarum gentium commemorare poffumus, non dico quæ in hoc genere certare cum populo Romano pofsit, fed in qua ftudium juris civilis aliquo in pretio habitum & vel negligenter excultum fuiffe videatur? Ubi tandem aut inftitutas de jure difputationes, aut fcriptos libros fuiffe legimus? Ubi denique nomen ipfum vel Jurifconfultorum vel Jurifprudentum, nifi apud populum Romanum auditum? Utique non eadem apud Græcos pragmaticorum, quæ Jurifconfultorum apud Romanos, vel facultas vel dignitas fuit. Apud Græcos, qui fefe privatorum negotiis, rebufque agendis interponebant, non Jurifconfulti, fed pragmatici nominabantur, quafi dicas negotiofi & formularii, homines, ut Craffus apud Ciceronem ait, infimi & mercenarii, qui fe miniftros in judiciis oratoribus præbebant. Non fum, inquit Fabius, moris noftri ignarus, oblitufve eorum, qui velut ad arculas fedent, & tela agentibus fubminiftrant: neque idem Græcos quoque nefcio factitaffe, unde nomen his Pragmaticorum factum eft. Et Antonius I. de Oratore, Itaque Græci, inquit, difertifsimi homines, miniftros habent in caufis Jurifperitos, cum ipfi fint imperitifsimi, & qui pragmatici vocantur: in quo noftri omnino melius multo, quod clarifsimorum hominum auctoritate leges & jura tecta esse voluerunt. Et recte profecto. Non enim Romani item ut Græci, Jurifconfultorum fuorum munus in tam exili & tenui opera confumi voluerunt, ut actionibus tantum ac formulis, cautionibufque præeffent; fed in æquo bonoque civibus omnibus refpondendo. Quapropter præclare mihi Celfus artem juris definiviffe videtur, artem æqui & boni. Siquidem officium Jurifconfulti & prudentia illius maxime in eo confiftit, ut quid in unaquaque re æquum, quid iniquum fit, videre, tum difcernere, & de eo refpondere pofsit confilium fibi expetentibus. In recti, inquam, pravique difcrimine: cum illi, qui fe ad album folummodo ac rubricas transferunt, formularii, vel, ut Cicero ait, leguleii quidam efficiantur. Igitur Romæ amplifsimi quique cives & nobilifsimi viri, quafi juris civilis

lis

lis custodes, in hoc munere, tanquam in præsidio aliquo locabantur, à quibus cæteri cives, quid æquum bonumque esset, cum usus veniret, exquirerent. Atque hi non contenti communi quadam legum & consuetudinis intelligentia, omnes bonarum litterarum opes, cunctas eruditionis justæ ac legitimæ partes sibi comparabant, disciplinam Republ. causam Imperii cognoscere, omnem denique bene vivendi rationem tenere & persequi satagebant. Jam vero quantum illud est, quod Justitiæ sacerdotes sese poiterentur, veræque & non simulatæ Philosophiæ sectatores, nimirum necesse est eos fuisse viros graves, sanctos, severos, incorruptos, inadulabiles, vi & majestate æquitatis veritatisque terrificos. Ad hos vel transverso obambulantes foro, vel in solio sedentes domi sic adibatur, non solum ut de jure civili ad eos, verum etiam de filia locanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referretur. Quod sane præclarum ac majestatis plenum fuisse constat; vel cum alacri illi ac prompto ore huc atque illuc intuentes vagabantur magna cum caterva toto foro, præsidium clientibus, atque opem amicis, & prope cunctis civibus lucem ingenii & consilii sui porrigentes atque tendentes: vel cum in ea domus parte, ubi majorum imagines asservabantur, quasi augusto aliquo loco sella posita Divæ Justitiæ, oracula enunciabant atque fundebant. Quare non immerito Marcus Tullius dixit, domum Jurisconsulti oraculum esse totius civitatis, unde sibi si non populi & Reges, ut ab illo apud Ennium Pythio Apolline, at omnes sui cives consilium expetant, suarum rerum incerti, quos ille ex incertis certos, compotesque consilii dimittat, ut ne temere tractent turbidas. Præclare igitur sapientissimus Poëta, qui cum suas cuique genti laudes attribuisset, pingendi, sculpendi, observandi cœli, Romanis reipublicæ constituendæ scientiam adjudicavit. *Tu regere*, inquit, *imperio populos, Romane, memento: Hæ tibi erunt artes, pacique imponere morem*, & quæ sequuntur.

Accepto Principe ingens accessio facta, ac tum demum hoc civile studium ad summum perductum est. Nam cum vitio sæculi paulatim invaluisset, ut passim & promiscue cuivis, qui modo studiorum suorum fiduciam haberet, fas esset Jurisconsultum se profiteri, & publice de jure respondere, ne vel multitudine profitentium, vel quorundam imperitia, ignavia, sordibus res tanta vilesceret atque ut Pomponius noster in historia de origine juris scribit, quo major esset juris auctoritas, Divus Augustus constituit, ut ex sua auctoritate de jure responderetur, nec quemquam ex eo tempore passus est juris scientiam profiteri, publiceve de jure responsitare, nisi cui id beneficii loco, ob insignem virtutem, singularem eruditionem ac cognitionem juris civilis ipse concessisset. Quod institutum atque exemplum Augusti reliqui deinceps Principes secuti sunt. Posteriores etiam hoc addiderunt, ut ne quis Jurisconsulti titulo prius insigniretur, quam jurati Doctores, quorum opera usus esset, testati fuissent, dignum esse atque ea eruditione jurisque intelligentia præditum, ut in numerum recipi & matriculæ Togatorum inseri posset.

Sed quod omnium maximum est, ipsi Principes, quibus nunc solæ commendantur disciplinæ Mathematicæ, non aliud studium magis, quam juris civilis excolebant. Apud Historiæ Augustæ scriptores, nihil occurrit crebrius, quam quod ipsi Principes jus assidue, laboriosissime ac severissime dixerunt. Cum autem jus dicerent aut judicarent, adhibebant in consilium non amicos aut comites suos, sed viros sapientes & clarissimos ex ordine Jurisconsultorum, sicut Ælius Spartianus de Hadriano refert, eum cum judicaret, in consilio habuisse Julium Celsum, Salvium Julianum, Neratium Priscum, nec alios adhibuisse, quam quos universus Senatus probavisset. Testes sunt iidem Augustæ historiæ scriptores, hunc veterum Principum morem fuisse, ut Justitiæ solium cotidie frequentarent, non solum ut id nuda sua decorarent præsentia, sed ut ipsi civibus de jure responderent, causas cognoscerent, partes audirent, sententiam pronuntiarent. Cujus rei luculentum exemplum nobis exhibet Marcellus libro Digestorum vigesimo octavo. Prolatum erat in auditorio Principis testamentum, in quo heredum nomina testator induxerat: quam ob causam bona à fisco vindicabantur, scriptis heredibus indignitatis insimulatis. De legatis tamen diu dubitabatur. Advocatus fisci dicebat, Vos, scripti & inducti habetis judices vestros, præfectos ærarii, non est quod Imperatorem de ea re sollicitetis. Vivius Zeno dicebat, rogo, Domine Imperator, audias me patienter, quid de legatis statues? Cui Antoninus Cæsar (nam apud Marcum Antoninum Philosophum hæc causa agitabatur) videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxi? Respondet Cornelius Priscianus Advocatus Leonis, Nomina heredum tantum inducta sunt, Domine Imperator. Replicabat Longinus Advocatus fisci, Non potest ullum testamentum valere, quod hæredum non habet. Priscianus dicebat, Manumisit quosdam, Domine Imperator, & legata dedit. Tandem Antoninus Cæsar remotis omnibus cum deliberasset, & admitti rursus eosdem jussisset, senten-

tiam

tiam ipse proferens dixit, Causa præsens videtur admittere humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus testatorem irrita esse voluisse, quæ induxit. Hoc exemplum & formam nobis exhibet, qua in cognoscendo & judicando Principes olim usi, & simul ostendit bonos Principes in re dubia contra fiscum pronuntiare solitos, cujus causa nunquam mala est, nisi sub bono Principe.

Sed nec hoc prætereundum, quod nunquam temere aut inconsulto, nunquam sine manifesta civium utilitate quicquam novi juris constituebant, sed explorato prius judicio & sententia virorum prudentum, censerentne illi id posse recipi salva ratione juris constituti, tum an in eo tam evidens ac justa civium utilitas versaretur, ut auctores sibi essent rei novæ constituendæ. Sic legimus Divum Augustum prudentissimum Principem, non ante irrepentem in Rempublicam codicillorum usum sua auctoritate confirmare voluisse, quam convocati viri sapientes (inter quos Trebatius tunc erat maximæ dignationis) censuissent morem istum civibus & utilissimum esse & pernecessarium. Imperator Alexander ipse Princeps Jurisconsultissimus nullam legem sanxisse fertur, nisi adhibitis prius in consilium xx. Jurisperitis, & id quidem ut iretur per sententias singulorum, scribereturque quod quisque dixisset, dato etiam spatio ad disquirendum cogitandumque, priusquam dicerent, ne incogitata dicere cogerentur de rebus tanti ponderis & momenti. Hoc jus tam prudenter, tam pensiculate constitutum non potuit non se latissime diffundere per universum orbem Christianum. Diffudit autem se ac propagavit non tam potentia imperii Romani, quam legum à Romanis latarum evidentissima æquitate, utilitate ac justitia: adeo ut hodieque tanquam jus aliquod gentium ubique fere locorum colatur, atque in omnibus bene constitutis Academiis publice doceatur.

A Justiniano sacratissimo Principe etiam hoc habemus, quod is immensa veteris prudentiæ volumina in unum corpus contraxit, atque ea, quæ diffusa & dissoluta fuerant, certo volumine comprehendit, atque arte quadam sic conglutinavit, ut jam etiam multo facilior, quam antea fuerat, cœperit esse juris civilis cognitio. Hoc autem volumen, quia ordine quodam dispositum est, omnisque generis veterum Consultorum sententias & responsa complectitur, Digesta, aut Græca voce Pandectas appellari voluit. Huic porro tanto operi ut colophonem adderet, duplicem ei subjecit epilogum, quorum primus est verborum bonorum, quibus passim in jure utimur; alter rerum, ex regulis juris conficitur. Uterque meat ac sese diffundit per universum juris corpus, haud secus ac venæ atque arteriæ per corpora nostra atque aliorum animalium diffusæ sunt. Uterque tam in foro quam in scholis versantibus cognitu non modo perutilis, verum etiam necessarius. Uterque commentarii vicem tyronibus in studiorum primordiis utilissimi exhibere potest. Equidem non ignoro esse nonnullos, qui contendunt verborum significationes nihil ad eos, qui juris scientiam profitentur, pertinere, sed hoc totum esse professionis Grammaticæ: sed profecto illi homines toto errant judicio. Quid enim juvabit vel in scholis vel in medio foro versari, si ea, quæ dicuntur aut proferuntur, non intelligamus.

An non in omni disciplina prima est verborum & dictionum ac phrasium disputatio? An non verba ad hoc inventa, ut sententiam & voluntatem dicentis declarent? Ideoque Plato princeps ingenii & doctrinæ dicere solebat, primam esse debere verborum curam, licet rerum potissima sit: quippe verba notas esse rerum, omnemque orationem à rebus oriri ac dependere, ut qui in hisce notis ac symbolis erraverit, necessario etiam ipsis in rebus sit hallucinaturus. Atque ut omnes artes ac disciplinæ proprias & peculiares habent voces, citra quarum intelligentiam ad rerum cognitionem nullo modo perveniri potest, ita & vel maxime disciplina juris. Certis & solemnibus verbis conceptæ leges, senatusconsulta, edicta, certæ heredum institutionis, legatorum, cautionum, stipulationum, actionum, aliorumque id genus formulæ, in quorum omnium interpretatione veterum Jurisconsultorum versatam esse industriam minime ignotum est. Lepidum est, quod Aulus Gellius de quodam celeberrimi nominis Grammatico refert, qui interrogatus à Gellio, quid esset ex jure manum consertum; respondit se rem Grammaticam docere, non jus respondere: sed, inquit, si quid ex Virgilio, Plauto aut Ennio quærere habes, quæras licet. Atqui, inquit Gellius, ex Ennio est quod quæro: sic enim Ennius, *Non ex jure manum consertum, sed mage ferro rem repetunt*, &c. & simul ire jussit hominem, ac discere unde Ennius didicerat, ad juris aliquem peritum. Alter epilogus, qui rerum est, ut dixi, atque ex regulis juris conficitur, rejectus est in locum extremum, & sane quidem merito. Quid enim aliud sunt illæ regulæ, quam velut rivuli quidam ex fontibus juris constituti manentes ac deducti? quam velut porismata quædam ordine consecutionis universali legum doctrina posteriora? Unde illud hujus epilogi initio, Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula colligatur & fiat. De hujus epilogi sive tituli utili-

litate nihil aliud in præsentia dicam, nisi quod Ulpianus noster commendaturus titulum de in integrum restitutionibus, Hic titulus, inquit, commendatione non eget: ipse enim se satis ostendit. Nam sive eos spectemus, qui jus civile interpretantur docendo scribendove, aut qui in foro reos tuentur atque defendunt, & de jure consultoribus respondent, vel denique qui jus dicunt redduntque, ut magistratus & judices; hi, inquam, omnes nisi in mundo atque in promptu habeant copiam quandam harum juris regularum ac præceptorum, vix est, ut munere suo recte defungi queant. Sed de his latius disserendi, Deo volente, dabitur occasio, quando, quod nunc superest, manum operi suscepto admovebimus, Spartamque quam nacti sumus, pro virili rebus ipsis & factis exornare conabimur.

Faxit Deus Opt. Max. præses & tutor inclytæ hujus Academiæ, ut hæc res mihi, vobisque omnibus, & Reipublicæ litterariæ bene feliciterque eveniat.

IN MANES

ERUDITISSIMI CLARISSIMIQUE VIRI IUVENIS

D. SIMONIS VINNII, J. U. DOCTORIS.

MAGNI ILLIUS

ARNOLDI VINNII, JC.

Et in Batavorum Academia Professoris celeberrimi, Filii non degeneris.

Heu præmaturos obitus! heu tristia Musis
Funera, fatalesque rogos! heu aspera nobis
Jussa Deum, ultricesque iras! Quæ dira docendi
Te rabies agitat Lachesis? Cur ordine verso
Præcipitas furibunda colus? doctamque per urbem
Nulla lege ruis? Juvenemque heu! invida tollis
Vinniadem? Juvenem, quo non præstantior alter
Ingenio, genione fuit. Quid pectora Phœbo
Sacra rapis? Quid devotam virtutibus, urnæ
Depositum, vis esse animam? Cur ista furori
Debetur meus, Parca, tuo? Cur nobile Matris
Delicium pignusque ipsi venerabile mundo
Abrumpis? Si vitæ hominum tibi summa potestas,
Jusque datum est, hos perde quibus sua fama vacillat,
Hi pereant, quies vita perit, mors sæviat inter
Quos rectum sapuisse pudet. Satis ampla, Tyranne,
Materies & scena patet. Nihil est ubi tu non
Imperium protendis, & in quo dirigis arcum.
At meus in te quid protuit committere tantum
Vinnius, Aonidesve Deæ? Quid turba sororum,
Quid Carites poruêre? Omnes jam lumine cassum
Lugent, & nigrâ squallent in veste Camœnæ,
Exprobrantque immane nefas. Proh Jupiter! audis?
Exclamant: rigidæ num tanta licentia morti est?
Num tantum fuit ausa scelus? Dii talia fatis
Instaurate, iterum ingeminant: non unius umbram
Prosternunt: cunctæ morimur: dispendia fortis
Sentit quæque suæ: tumulo proh! clauditur isto
Quicquid Apollineis divinum vatibus audit.
Huic pietas amor unus erat. Prudentia, candor,
Simplicitas, castamque decens reverentia mentem
Hoc fulsère viro. Studiis se dedit honestis,
Cecropiamque suo volvit sub corde Minervam,
Et facilis Dea visa fuit; nam contulit omnes,
Quas Helicon servabat opes, quæcunque vetustas
Prisca tenebroso abdiderat secreta recessu
Huic aperit, Latiasque docet sermarier artes.
Nec minus æqua *Themis* Juveni, rescripta Quiritum,
Et quæ legiferæ dictant mandata tabellæ
Evolvit, normasque æqui spatiosque promit
Jura fori, & JUSTI hoc concludit corpore CORPUS.
Sed non ista juvant: nimis est Permesside lymphâ
Ebria meus: nihil Cæsareum complexa volumen
Enthea vis animæ: primi non integer ævi
Flosculus ægrotis adimit contagia membris.
Exemplo, Vir Clare probas, dum sola Parentum
Spes, *Vinni*, spes sola jaces, nos funera mœsti
Prosequimur, plorantque tuos tot Numina manes,

Præceptori suo parentans posuit.

I. LANST.

FINIS.